Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen

---

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Kgl. Universität Tübingen

Vorgelegt von **Egon Geider**, Referendar

BRESLAU 1917.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Frank & Weigert)
Inhaber: A Kurtze

Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen

---

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Kgl. Universität Tübingen

Vorgelegt von **Egon Geider**, Referendar

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BRESLAU 1917.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Frank & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Genehmigt auf Antrag des Referenten

Professor Dr. Hegler

Tübingen, am 7. 12. 1916

Meinem lieben Schwiegervater

Druck der E. Gundlach Aktien-Gesellschaft in Bielefeld.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Die Frage und die bei ihrer Lösung in Betracht kommenden Interessen . . . 6
A. Die Frage an einem konkreten Beispiel gestellt § 1 6
B. Die Ausscheidung des Notwehrs- und Retorsions-Gesichtspunktes § 2 . . . 6
C. Die in Betracht kommenden Interessen § 3 10
a) Durch die Tat verletzte oder gewahrte Interessen 10
1. Interesse des Kindes 10
2. Interesse der an sich Erziehungsberechtigten 12
3. Interesse der Allgemeinheit bezw. des Staates 13
b) Sonstige Momente 15
c) Würdigung der Interessenlage 16

II. Die Frage de lege lata 18
1. Erfüllung der Deliktsbeschreibung der Körperverletzung durch Züchtigung? § 4 18
2. Die Frage des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit und damit der Strafbarkeit trotz erfüllter Deliktsbeschreibung § 5 21
I. Die Vertreter einer Ablehnung 21
II. Die Annahme 24
A. Der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag 26
1. für den Vater bezw. die sonstigen erziehungsberechtigten Personen 26
2. für die Allgemeinheit, die Gesellschaft 30
3. für den „normalen" Vater 31
B. Der Gesichtspunkt der Einwilligung 33
1. des Kindes 34
2. des Vaters bezw. sonstigen gesetzlichen Vertreters 34
3. vermutete oder mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen, des Vaters bezw. sonstigen gesetzlichen Vertreters 35
C. Der Gesichtspunkt der Strafdelegation 39
D. Gewohnheitsrecht 40

Seite

E. Das Prinzip des überwiegenden Interesses 40
F. Das Prinzip des wahren Wohls 41
1. Als Unrechtsausschlußgrund eigener Klasse im Strafrecht 42
2. Als Unrechtsausschlußgrund gerade beim Züchtigungsrecht 43
3. Nähere Bestimmung des Prinzips 45
a) Die Begrenzung seiner Anwendbarkeit 45
α) nur im Notfall 45
β) nur bei Notwendigkeit sofortigen Eingreifens 46
b) Seine (objektive) Fassung 48
c) Seine Konsequenz: Angemessenheit der Züchtigung als Erfordernis 50
3. Ausschluß der Strafbarkeit trotz Annahme rechtswidriger Körperverletzung? § 6 50
a) wegen fehlender Schuld des Züchtigenden 50
b) wegen eingreifender Strafausschlußgründe 54
1. Volksbewußtsein 54
2. Vielfaches Straflosbleiben 54

III. Die Frage de lege ferenda § 7 55
1. Die Vorschläge zu einer gesetzlichen Regelung 55
a) Gesichtspunkt der Strafdelegation bezw. der Schuldausschließung wegen iustus dolor 56
b) Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag 57
c) Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses 58
2. Ablehnung einer gesetzlichen Regelung 58

Verzeichnis der des Öfteren zitierten Schriften:

1. Ahrens, Martin: „Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund" (Gött. Diss.), Breslau 1909.
2. Bar, L. von: „Gesetz und Schuld im Strafrecht" (Berlin 1909), Bd. 3.
3. Beling, Ernst: „Die Lehre vom Verbrechen" (Tübingen 1906).
4. Binding, Karl: I. „Handbuch des Strafrechts", Bd. I (Leipzig 1885).
   II. „Grundriß des deutschen Strafrechts", allg. Teil (Leipzig 1907).
5. Dohna, Alexander Graf zu: „Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen" (Halle a. S. 1905).
6. Eckstein, Ernst: „Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung" in Goltd. Arch., Bd. 56.
7. Finger, August: I. „Das Züchtigungsrecht und dessen Mißbrauch" in „Juristische Blätter", herausgegeben von Burian (Wien 1888), XVII. Jahrgang.
   II. „Das Strafrecht" (in „Compendium des österr. Rechts"), 3. Aufl., II. Bd. (1914).
8. Fischer, Hans Albrecht: „Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts" (München 1911).
9. Fuchs, Richard: „Strafgesetz und Rechtswidrigkeit" in „Monatschrift für Kriminalpsychologie", Bd. 10.
10. Gilbert: „Über das Züchtigungsrecht, insbesondere das des Lehrers in Sachsen" in „Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung in der Verwaltung" (Leipzig 1901), Bd. 33.
11. Hahne, O.-L.-G.-Rat in Hamm: „Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern" in „Das Recht", 20. Jahrgang (1916).
12. Havenstein: „Das Züchtigungsrecht der Lehrer" in „Goltd. Arch.", Bd. 51.
13. Hedemann, Julius Wilhelm: „Moderne Bürgerpflichten" (Jena 1907).
14. Hegler, August: „Die Merkmale des Verbrechens" in „Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft", Bd. 36.
15. Heimberger, Josef: I. „Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, ein geschichtlicher Beitrag" in „Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen" (1907 Gießen).

II. „Berufsrechte und verwandte Fälle“ in „Vergleichende Darstellung de deutschen und ausländischen Strafrechts“; allg. Teil, IV. Bd.

16. Hubrich, Eduard: „Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung“ in „Gerichtssaal“, Bd. 46.
17. Janisseck, Alfons: „Das Recht des Lehrers zur Vornahme körperlicher Züchtigungen“ (Breslauer Diss.), Borna-Leipzig 1911.
18. Kaufmann, Josef: „Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher“, Stuttgart 1910.
19. Klein, Peter: „Recht zur Züchtigung fremder Kinder“ in „Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung“, Bd. 78.
20. Kohler, Josef: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“, 3. Band, I. Teil: Familienrecht (Berlin 1915).
21. Kulemann, W.: „Selbsthilfe“ in „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Bd. 11.
22. Liszt, Franz von: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 20. Aufl. (Berlin 1914).
23. Mayer, Max Ernst: „Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts“ (Heidelberg 1916).
24. Meyer-Allfeld: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 7. Aufl. 1912.
25. Nagler, Johannes: „Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit“ in „Festschrift für Karl Binding“, 2. Bd. (Leipzig 1911).
26. Rotering, F.: „Das abgeleitete Züchtigungsrecht“ in „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik“, Bd. 63 (1915).
27. Sauer, Wilhelm: „Gesetz und Rechtsgefühl“ in „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Bd. 33.
28. Schäffer, Walter: „Das Züchtigungsrecht“ (Breslauer Diss.), 1908.
29. Schubert, Vincent: „Das elterliche Erziehungsrecht nach dem BGB.“ (Rostocker Diss.), Berlin 1903.
30. Schultz, Anna: „Der strafrechtliche Schutz des Kindes “(Heidelberger Diss.), 1908.
31. Schwarze, Friedr. O. von: I. „Das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Strafgesetzbuch“ in „Gerichtssaal“, Bd. 29.
    II. „Kommentar zum StGB.“ 1884, 5. Aufl.
32. Touaillon: „Die Zuchtgewalt und ihre Überschreitung“ im „Österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis“, herausgegeben von Leo Geller, Wien, Bd. 22 (1904 für uns nicht in Betracht kommend), Bd. 23 (1905).
33. Zitelmann, Ernst: „Ausschluß der Rechtswidrigkeit“ in „Archiv für die zivilistische Praxis“, Bd. 99.

Abkürzungen:

Annalen = Annalen des Kgl. sächsischen Oberlandesgerichtes zu Dresden.
Bayersch. Entsch. = Sammlung von Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichts in Strafsachen.
Goltd. Arch. = Goltdammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Münchner Entsch. = Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Oberlandesgerichtes München in Gegenständen des Strafrechtes und Strafprozesses.
Reger's Entsch. = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, herausgegeben von A. Reger (München).
R.-G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Stenglein's Zeitschr. = Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, herausgegeben von M. Stenglein (München).
Warneyer's Jahrb. = Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen B. Strafrecht und Strafprozeß.
Z. R. = Züchtigungsrecht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553607_0033

Einleitung.

Dauernd bekommt man die Klage über zunehmende Kriminalität zu hören; — ja der Hauptvorwurf, den die soziologische Richtung der alten Schule der Vergeltungsstrafe macht, gipfelt darin, daß das geltende, auf dem Gedanken der Vergeltungsstrafe aufgebaute System, es nicht fertig gebracht habe, die Kriminalität einzuschränken; im Gegenteil, diese sei stetig gewachsen. Ob daraus der Vergeltungsstrafe ein Vorwurf gemacht werden darf, ist zum mindesten fraglich. Ein gut Teil der Vermehrung der strafrechtlichen Fälle wird wohl der intensiveren Strafrechtspflege zuzuschreiben sein.

Insbesondere aber wird über ein Anwachsen der Kriminalität der Jugendlichen geklagt und dies ist mit ein Grund, für die Bildung eines besonderen Jugendstrafrechts einzutreten. Nicht nur direkte Straftaten der Jugendlichen sind es, über die geklagt wird, sondern auch sonstige Unarten und Flegeleien, an deren Verhinderung und Verhütung jedoch ebenfalls ein großes Interesse besteht. Gerade jetzt während des Krieges tritt dies in besonders starkem Maße hervor, da sehr viele Familienväter im Felde stehen und ihre Frauen gezwungen sind, im Berufsleben tätig zu sein, wodurch die Kinder mehr oder weniger sich selbst überlassen sind[1]).

[1]) Vergl. Hellwig: „Die Kriminalität der Jugendlichen in Dresden unter dem Einfluß des Krieges“ in „Annalen des deutschen Rechts“, 49. Jahrgang (1916), S. 586 ff., insb. S. 595; ders.: „Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen“, Halle 1916; von Liszt: „Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen“ in Z. St. W. Bd. 37 (1916), S. 496 ff.; Ruprecht: „Die Jugendstraffälligkeit in Bayern im Frieden und im Krieg“, Strafrechtszeitung 3. Jahrgang, S. 128 ff. und zahlreiche hier nicht näher zu nennende Aufsätze in juristischen Tages- und pädagogischen Zeitschriften.

Am wirksamsten wird dieses Übel nicht durch strafrechtliches Einschreiten bekämpft werden können, nachdem es bereits Früchte gezeitigt hat, sondern indem man es an der Wurzel faßt. Das beste Mittel in diesem Kampf ist unbestritten eine gute Erziehung unserer heranwachsenden Generation, die ohne falsche Sentimentalität sich nicht scheut, auch diejenigen Zuchtmittel anzuwenden, die zur Erreichung des Zieles notwendig sind.

„Los von Papa" formulierte Professor Neubecker[1]) drastisch als Motto im heutigen Familienrecht und diese Strömung ist auch in der Erziehung wirksam. Jedenfalls spielt sich das Leben bei weitem nicht mehr in dem Maße, wie in der guten alten Zeit, allein in der Familie bezw. in der Hausgenossenschaft ab und damit ist auch die Erziehung und Hand in Hand damit die Anwendung von Zuchtmitteln zu Erziehungszwecken einigermaßen der Familie, insbesondere dem Vater, entrückt worden, wofür andererseits der Personenkreis der zu Erziehungszwecken Züchtigungsberechtigten erweitert wurde. In früheren Zeiten, als die Erziehung noch keine allzu hohen Anforderungen an den pädagogischen Sinn des Erziehers stellte, waren die Zuchtmittel, auch solange sie in der Familie gehandhabt wurden, entsprechend grobe. In primitiven Verhältnissen ist der Vater, so der römische Vater, der das ius vitae ac necis hatte, in der Wahl seiner Zuchtmittel nicht gebunden, ebensowenig der Vater nach altem deutschem Recht; denn, wenn im deutschen Recht auch bald ein altruistischer Zug im Muntverhältnis sich zeigte, so gelten doch von der ersten Zeit die Worte Heusler's[2]): „Eisig kalt weht uns an, was uns Sagen und andere Überreste aus der Urzeit unseres Volkes vom Recht des Vaters über die Kinder überliefern"[3]). Mit fortschreitender Entwicklung wird diese unbeschränkte Gewalt vom Rechte eingeschränkt, andererseits aber doch die Anwendung von Züchtigungen als berechtigt anerkannt, was sich schon im Sprichwörterschatz der einzelnen Völker zeigt. So heißt es im Griechischen: „*ὁ μὴ δαρεὶς ἄνθρωπος οὐ παιδεύεται*" und ein Spruch Salomo's lautet: „Wer seine Rute schonet, der hasset seinen Sohn". Das Recht des corpus juris kennt nur noch ein Züchtigungsrecht zur Aufrechterhaltung der

[1]) In seiner Vorlesung über das Familienrecht des BGB., gehalten in Berlin, Sommersemester 1912.

[2]) Institutionen des deutschen Privatrechts (Leipzig 1885), S. 431.

[3]) Vergl. auch Hübner, Rudolf: „Grundzüge des deutschen Privatrechts" (2. Aufl. 1913), S. 580 f.

kindlichen Achtung[1]). Reichte der Vater mit seinen Zuchtmitteln nicht aus, so konnte er Hilfe der Obrigkeit anrufen[2]), ähnlich wie den Vater heute das Vormundschaftsgericht auf seinen Antrag zu unterstützen hat[3]). Auch im deutschen Recht wird die Muntgewalt und damit das Züchtigungsrecht des Vaters eingeschränkt[4]) und zwar insbesondere in der Richtung, daß die Erziehung des Kindes, nicht ein eventuelles egoistisches Interesse des Vaters, als maßgebend anerkannt wird. Dieser Tendenz entspricht es, daß zuletzt die Muntgewalt auf die Zeit bis zur Volljährigkeit eingeschränkt wird.

Mit dieser Einschränkung der Zuchtgewalt des Vaters nach ihrer Intensität geht aber andererseits extensiv eine Erweiterung des Personenkreises der zu Erziehungszwecken Züchtigungsberechtigten Hand in Hand.

Auch die Mutter, die wohl auch früher die tatsächliche Erzieherin der Kinder war, wird im deutschen Recht im Zusammenhang mit der auch auf anderen Gebieten allmählich erfolgenden, rechtlichen Gleichstellung der Ehegatten, die insbesondere auf dem Gebiete der Erziehung von der „väterlichen" zur „elterlichen" Gewalt führte, als erziehungs- und damit züchtigungsberechtigt vom Gesetz anerkannt. Zuerst allerdings nur nach dem Ableben des Mannes, dann aber in einzelnen Rechtsgebieten auch neben dem Manne[5]). Durch die Rezeption des römischen Rechts wird diese Entwicklung zwar unterbrochen, jedoch von den Partikularrechten bald wieder aufgegriffen und ist zunächst durch die „elterliche" Gewalt des BGB. abgeschlossen[6]).

Aber auch andere Personen werden züchtigungsberechtigt und hauptsächlich der Staat greift in die Erziehung seiner jungen Bürger in erheblichem Maße ein und verleiht den hiezu von ihm Berufenen ein Züchtigungsrecht. Wie dies zur Unterstützung des Vaters geschah, wurde schon gezeigt. Weiter wird im römischen Recht auch

[1]) Cod. 8, 46, 3: „quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriae potestatis non prohiberes, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perseveravit eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris". Brinkmann a. a. O. S. 3 u. 5.

[2]) Sohm, Rudolf: Institutionen 14. Aufl (1911), S. 617; Cod. a. a. O. und 8, 46, 4.

[3]) BGB. § 1631 Abs. 2, Satz 2.

[4]) Vergl. Hübner a. a. O. S. 580 ff.

[5]) Schubert a. a. O. S. 9; vergl. auch Hübner a. a. O. S. 587. Brinkmann, a. a. O. S. 3 u. 5.

[6]) BGB. viertes Buch, 2. Abschnitt, 4. Titel, II. bes. § 1631 Abs. 2.

dem Lehrer eine leichte Züchtigung gestattet[1]), während im alten Rom der Familienvater eine Züchtigung seines Sohnes durch einen Erzieher (die ja damals Sklaven waren) kaum zugelassen haben würde. Was dabei eine leichte Züchtigung ist, kann man daraus ersehen, daß davon gesprochen wird, daß der Schüler zum Zwecke der Ermahnung und Erziehung des Augenlichts beraubt wird[2]). Die italienischen Praktiker dehnen den Kreis der Züchtigungsberechtigten noch weiter aus und geben, gestützt auf Cod. 9, 15 auch „aliis quibus debetur reverentia" ein Züchtigungsrecht[3]). Auch im deutschen Recht wird der Lehrer durch die Partikularrechte als züchtigungsberechtigt anerkannt und mit Einführung des Schulzwanges übergibt der Staat die Erziehung und Züchtigung der Jugendlichen auf lange Zeit Personen, die zunächst nur rein äußerlich zu dem Kinde in Beziehung stehen, den Lehrern und Erziehern in öffentlichen Schulen und Unterrichtsanstalten. Erweitert ist diese Entwicklung mit Einführung der Fortbildungsschulen und auch das Züchtigungsrecht des Lehrherrn[4]) und des Vormundes[5]) gehören hierher. Ja es wurde im deutschen Recht dem Erwachsenen gegenüber dem Jugendlichen ein Züchtigungsrecht eingeräumt, so Sachsenspiegel II, 65 § 2 und im Gemeinen Recht[6]).

Ob diese letztere Erweiterung des Personenkreises der Züchtigungsberechtigten, daß auch der Erwachsene ein Züchtigungsrecht für sich in Anspruch nehmen darf, um offenbaren Unarten von ungezogenen Jugendlichen zu begegnen, auch heutzutage gilt und gelten soll, ist wohl der Überlegung wert. Wie schon erwähnt, ist diese Frage: „Ist der Erwachsene strafbar bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen", deren Beantwortung wesentlichst von der Bejahung oder Verneinung eines solchen Züchtigungsrechts abhängt, gerade jetzt während der Kriegszeit besonders brennend und es ist deshalb sehr verständlich, daß während

[1]) Dig. 9, 2, 5, 3: „Quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti".

[2]) Dig. a. a. O.: „Qui eluscaverat discipulum in disciplina ....., quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa".

[3]) Vergl. hiezu Heimberger, a. a. O. I S. 390 und 391, insbes. Anm. 1.

[4]) § 127a RGewO.: „Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen. Demjenigen gegenüber, welcher an Stelle des Lehrherrn seine Ausbildung zu leiten hat, ist er zur Folgsamkeit verpflichtet".

[5]) BGB. § 1800 vergl. mit 1631 Abs. 2.

[6]) Von Schwarze a. a. O. I, S. 613.

der Kriegsjahre auch viele Tageszeitungen[1]) derselben Artikel gewidmet haben.

Zu bemerken ist betreffs der Begrenzung der Behandlung der Frage in folgendem: An und für sich kann „Züchtigung" als Erziehungsmittel nicht nur durch Störung des körperlichen Wohlbefindens erfolgen, sondern auch dadurch, daß der zu Erziehende in der persönlichen Freiheit beschränkt (Einsperrung) oder an der Ehre gepackt wird[2]), so daß also nicht nur die Frage der Bestrafung oder Nichtbestrafung eventueller Körperverletzung, sondern auch eventueller Freiheitsberaubung und Beleidigung sich im genannten Fall erhebt. Die körperliche Züchtigung ist jedoch die gebräuchlichste und kommt gerade für unser Thema fast ausschließlich in Betracht, so daß wir uns in folgendem auf ihre Behandlung beschränken können: das zu Sagende gilt dann entsprechend in anderen Fällen[3]).

---

[1]) So auch Zeitungen aus der engeren Heimat des Verfassers, z. B. Stuttgarter Neues Tagblatt, Abendausgabe vom 17. 1. 16, S. 7; Württembergische Haus- und Grundbesitzer-Zeitung vom 18. 4. 14, S. 100; Schwäbische Tagwacht vom 14. 5. 16, Nr. 110; Tübinger Chronik vom 26. 1. 16; vergl. ferner einen Erlaß des Stadtpolizeiamts Reutlingen im Amtsblatt für Reutlingen vom 27. 5. 16, Nr. 82 und den von Fehlingen im Archiv für Kriminologie Bd. 67, S. 71 ff. erwähnten Erlaß des Stellvertretenden Generalkommandos des I. bayer. A.-K.

[2]) Anderer Meinung Hubrich a. a. O. S. 162, wonach Züchtigung nur als körperliche Züchtigung zu fassen ist.

[3]) Vergl. Kaufmann a. a. O. S. 15; Schäffer a. a. O. S. 7; Janisseck a. a. O. S. 8 ff.; Heimberger a. a. O. II S. 23; Finger a. a. O. I S. 61 f.

I.

Die Frage und die bei ihrer Lösung in Betracht kommenden Interessen.

A. Die Frage an einem konkreten Beispiel gestellt.

§ 1.

Vielfach kommt es vor, daß ein ungezogenes Kind für irgend eine Unart, häufig sind es Obstdiebstähle, von einem Erwachsenen gezüchtigt wird, wofür der Züchtigende dann hin und wieder von dem Vater des Kindes zur Verantwortung vor den Strafrichter gebracht wird. So hatte das O.-L.-G. Jena[1]) einen Fall zu entscheiden, der folgendermaßen lag:

„Der Angeklagte, ein Obstpächter, hatte einen 12jährigen Jungen, den er schon mehrmals auf seinen Kirschbäumen erwischt hatte, wieder beim Plündern betroffen, ihn aufgefordert, herunterzukommen und ihm nicht alles kaputzutreten und ihm, als er nicht gefolgt hatte, mit einem Spazierstock nach dem Gesäß gehauen, auf die Waden getroffen, dann noch heruntergezogen und ihm einige Schläge aufs Hinterteil versetzt".

B. Die Ausschaltung des Notwehrs- und Retorsions-Gesichtspunktes.

§ 2.

Wenn, wie im angegebenen Fall, der Züchtigende selbst oder ein anderer durch einen rechtswidrigen

[1]) Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60, S. 498.

Angriff des Kindes betroffen wurde, könnte man an den Gesichtspunkt der Notwehr oder Nothilfe denken, um die Züchtigung straflos zu lassen. Hierauf wurde auch in der Praxis des öfteren hingewiesen. So sprechen zwei Erkenntnisse des Obertribunals Berlin über derartige Fälle davon, daß Notwehr (§ 53 StGB.) vorliegen könne, bzw. vorliege[1] [2]), ebenso eine Entscheidung des Reichsgerichts[3]), eine Entscheidung des Kgl. bayer. Kassationshofes[4]), eine Entscheidung des O.-L.-G. Kolmar[5]), eine Entscheidung des O.-L.-G. Kiel[6]) und drei Entscheidungen des O.-L.-G. Dresden[7]) [8]). In dem bereits angeführten, vom O.-L.-G.

[1]) Erk. vom 27. 11. 74 in Goltd. Arch. Bd. 22, S. 614: „Dagegen würde es nicht unstatthaft gewesen sein, zu befinden, ob nicht etwa der Fall einer Notwehr im Sinne des § 53 des StGB. vorgelegen und der Verklagte nicht im Stande gewesen, den rechtswidrigen etwaigen Angriff des 5jährigen Knaben in anderer als der stattgehabten Weise von sich abzuwenden".

[2]) Erk. vom 18. 10. 78 in Goltd. Arch. Bd. 26, S. 519: „Wenn bei dieser Sachlage der App.-Richter weiter erklärt, daß Verklagter dem Sohne des Klägers die Ohrfeige zu dem Zwecke versetzt hat, dem gefährlichen Unfuge, den er mit dem Steinewerfen trieb, zu steuern, so hat derselbe dadurch, und indem er daneben — offenbar lediglich mit Rücksicht auf das Maß der Tätlichkeiten — die Ohrfeige eine wohl angebrachte Züchtigung nennt, zum Ausdruck gebracht, daß der Verklagte die zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung geübt hat, und daher der Fall der Notwehr nach § 53 des StGB. tatsächlich vorliegt".

[3]) Entsch. vom 3. 3. 14, erwähnt in Warneyer's Jahrb., Jahrgang 1915 S. 29, in deren Gründen es heißt: „Denkbar ist insbesondere, daß sich der Angeklagte in berechtigter Abwehr gegen die Drohungen und Beleidigungen des Knaben befand oder doch sich zu befinden glaubte und sich auf andere Weise als durch tätlichen Eingriff nicht zu helfen wußte".

[4]) Erk. vom 5. 2. 76 in Stenglein's Zeitschr. Bd. 6 (N. F.), S. 284: „Zwar wird nicht ohne Grund angenommen, daß auch eine innerhalb der Schranken des Z.-R. gehaltene Handlung irgend eines Dritten nicht rechtswidrig sei, wenn sie zur Abwehr verübten Mutwillens auf der Stelle vorgenommen wird".

[5]) Vergl. die unten S. 27 Anm. 1 erwähnte Entscheidung.

[6]) Entsch. vom 6. 6. 14 in Schleswig-Holsteinische Anzeigen Bd. 78 (N. F. 1914), S. 247: „Notwehrhandlung enthält die Züchtigung eines fremden Kindes, das wiederholt mit Steinen geworfen hat und auf Befragen seinen Namen nicht nannte".

[7]) Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6, S. 408: „Hiebei ist noch zu bemerken, daß, da die im Berufungsurteil nicht näher bezeichnete Unart der Emilie H. nach B. L. sich gegen das Kind des Beschuldigten gerichtet zu haben scheint, der Fall auch von dem Gesichtspunkt aus erwogen werden muß, ob der Züchtigende die Schläge als ein Mittel angesehen hat, um eine Fortsetzung der Insulten seines Kindes und damit einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von diesem Kinde abzuwehren, welchenfalls der Strafausschließungsgrund der Notwehr (§ 53 des StGB.) Platz greifen könnte".

[8]) Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23, S. 206/7: „Sodann ist das angefochtene Urteil, soweit von ihm die Annahme berechtigter Notwehr auf Seiten des Angeklagten verneint worden ist, damit begründet, daß ein gegenwärtiger Angriff ..... nicht mehr

Jena entschiedenen Fall, sprach das Schöffengericht unter Anwendung des § 859 BGB. (Besitzwehrung) frei[1]), also ebenfalls vom Gesichtspunkt der Notwehr[2]) aus. Auch in der Literatur finden sich derartige Hinweise auf das Notwehrrecht gegenüber Flegeleien der ungezogenen Jugendlichen, so bei Fischer[3]), v. Bar[4]), Kaufmann[5]), Kulemann[6]) und Hubrich[7])[8]). Wie letzterer richtig ausführt, ist eine derartige Notwehrhandlung gegen ein Kind zulässig, auch wenn dessen Vater anwesend ist und ein Einschreiten gegen das Kind ablehnen oder sogar verbieten sollte, während — nach ihnen — eine eigentliche Züchtigung des Kindes durch einen Fremden in den meisten derartigen Fällen strafbar sein dürfte[9]). Wenn nun auch, was allerdings nicht unbestritten ist, Notwehr gegen Kinder zuzulassen ist[10]), so trägt doch ein solches Vorgehen, wie hier in Frage,

---

bestanden habe ..... Solchenfalls würde aber der von ihm unternommene Angriff auf die Eigentumsrechte des Angeklagten noch nicht als ein beendeter anzusehen sein"; Entsch. vom 12. 4. 82 in Annalen Bd. 5, S. 29 f.: „Ob solchenfalls etwa die Schläge, welche die Angeklagte dem Knaben gab, als eine sofortige Erwiderung dieser Beledigung im Sinne von § 199 resp. verbunden mit § 233 des StGB.'s aufzufassen seien, oder aber, ob etwa die Angeklagte diese Schläge lediglich als ein Mittel angesehen haben dürfte, um eine Fortsetzung der Insulten, welche ihr Kind durch den E'schen Sohn erlitten hatte, abzuwehren und auf diese Weise einen weiteren gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ihr Kind von diesem abzuwehren? (vergl. § 53 StGB.)". Ähnlich O.-L.-G. Kolmar in einer Entsch. vom 25. 1. 16 in „Deut. Strafr. Zeitung" 1917, S. 97 f, wo jedoch dieser Gesichtspunkt nur gestreift wird, vergl. unten S. 28, Anm. 6. Auch das Landgericht in dem vom O.-L.-G. Rostock entschiedenen Fall. Entsch. vom 9. 7. 15 in „Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtsw." Bd. 34 (1916) S. 121 f., vom O.-L.-G. selbst wurde Notwehr abgelehnt.

[1]) Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498: „Nach § 859 BGB. habe sich der Angeklagte, meint das Schöffengericht, der widerrechtlichen Besitzstörung durch Gewalt erwehren dürfen".

[2]) Vergl. Enneccerus, Kipp & Wolff: Lehrb. d. bürg. Rechts; 6.—8. Aufl., Bd. II, 1, Sachenrecht § 18 I, 1.

[3]) a. a. O. S. 264.

[4]) a. a. O. S. 96 Anm. 152: „ — abgesehen von Notwehr —".

[5]) a. a. O. S. 95 f.

[6]) a. a. O. S. 330 f.

[7]) a. a. O. S. 220.

[8]) Auch Janisseck a. a. O. S. 33 f.; Schäffer a. a. O. S. 43; Gilbert a. a. O. S. 41, Fränkel, Günter: „Die strafrechtlichen Grenzen des Z.-R.", Breslau 1914, S. 19; Finger a. a. O. II, S. 115; Rotering a. a. O. S. 49 ff. Brinkmann a. a. O. S. 9 u. 39f, der auf den inhaltlichen Unterschied der Züchtigungs- und Notwehr-Handlung hinweist (a. a. O. S. 40, vergl. unten S. 9).

[9]) Vergl. unten S. 45 und S. 38 Anm. 5.

[10]) De lege ferenda käme hier jedenfalls nicht „Unfugabwehr" (vergl. Oetker in Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. II, S. 294 ff.) in Betracht.

auch bei vorliegendem rechtswidrigen Angriff auf den Einschreitenden oder Dritten vielfach, ja meist, nicht einen präventiven abwehrenden Charakter bezüglich der derzeitigen Unart, was zur Anwendung des Gesichtspunkts der Notwehr erforderlich wäre[1]), sondern sie ist auf Sühne für das Vergangene, Warnung und Besserung des jugendlichen Übeltäters für die Zukunft gerichtet, ist also inhaltlich von einer Notwehrhandlung verschieden; auch die eben genannten Autoren weisen auf den Gesichtspunkt der Notwehr nur hin, um den Unterschied der Notwehrhandlung von einer eigentlichen Züchtigung zu konstatieren. So finden sich auch in der Praxis Urteile, die es ablehnen, ein solches Vorgehen gegen fremde Kinder als eigentliche Züchtigung unter den Gesichtspunkt der Notwehr zu subsumieren, so eine Entscheidung des O.-L.-G. München[2]) und ein Erkenntnis des bayerischen Kassationshofes[3]). Es ist aber in den hierher gehörigen Fällen gar nicht notwendig, daß überhaupt ein eigentlich rechtswidriger Angriff gegen den Einschreitenden oder Dritten vorliegt, es kann sich auch um Reaktion gegen Unarten, Flegeleien und dergl. handen[4]),

[1]) Vergl. z. B. eine Entsch. des O.-L.-G. Braunschweig vom 7. 7. 83 in Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, 30. Jahrg. (1883) S. 135, in der der Gesichtspunkt der Notwehr gegenüber einem Kinde, das Schneeballen geworfen, dem Verbot des Angeklagten nicht Folge geleistet und nach Weggang desselben seinem Sohne einen harten Schneeballen in den Nacken geworfen hat, abgelehnt wurde, weil „die Tätlichkeiten des Angeklagten gegen den Knaben durch einen gegenwärtigen, d. h. im Anfange der Ausführung befindlichen oder wenigstens drohenden neuen Angriff auf seinen Sohn, etwa das Ausholen zu einem neuen Wurfe, nicht geboten waren".

[2]) Entsch. vom 11. 2. 85 in Münchner Entsch. Bd. III, S. 334 f.: „Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Mißhandlung, wie sie erfolgte, seitens des Nikolaus S. zum Zwecke der Verteidigung stattfand und der 9jährigen Eva Z. gegenüber erforderlich war, um den begonnenen rechtswidrigen Angriff auf die Birnen des Angeklagten abzuwehren und sie zur sofortigen Herausgabe der an sich genommenen Früchte zu veranlassen. Die Strafkammer hat vielmehr die der Anklage unterstellte Vergewaltigung als eine der von der Z. bewiesenen Frechheit und Verwegenheit entsprechende empfindliche Züchtigung, als eine Bestrafung wegen des Geschehenen und als eine Warnung für die Zukunft erklärt und damit verneint, daß sie ein Akt im Sinne des § 53 des StGB. gewesen ist".

[3]) Erk. vom 5. 2. 76 in Stenglein's Zeitschr. Bd. 6 (N. F.) S. 284: „Allein das bezirksgerichtliche Urteil in Frage enthält keine Konstatierung darüber, daß der Beschuldigte den Johann V. sofort, als dieser die Ochsen des ersteren mißhandelte, und zur Abwehr des Mutwillens geschlagen habe".

[4]) So im Fall des Beschlusses des O.-L.-G. München vom 10. 10. 96 in Reger's Entsch. Bd. 18 (N. F.) S. 368: „2. Daß diese Tat, da dem Angeschuldigten ein Züchtigungsrecht nicht zustand, und das der Tat vorausgegangene ungehörige Benehmen des L. einen Angriff auf die Ehre des S. nicht enthielt, von diesem auch als solcher nicht aufgefaßt wurde, also auch von Notwehr nicht die Rede sein kann .....".

so in dem von Kulemann angeführten Fall des Werfens nach einem herrenlosen Hund[1] [2]). Wir haben also den Notwehrgesichtspunkt von vornherein auszuschalten. Ebenso den der Retorsion (§§ 199, 233 StGB.)[3]), der nur bei ganz besonderer Konstellation zutrifft.

Die praktische Frage in allen diesen Fällen ist dann, ob mit Bestrafung wegen Körperverletzung gegen denjenigen eingeschritten werden muß, der gegen Unarten von Kindern mit Züchtigung erzieherisch vorgeht, oder ob es aus anderen Gründen als Notwehr bzw. Retorsion möglich ist, ihn straffrei zu lassen.

C. Die in Betracht kommenden Interessen.

§ 3.

Überblickt man die Situationen, so sind es mannigfaltige Interessen, die bei der Frage in Betracht kommen, bald zur Bestrafung, bald zur Nichtbestrafung des Züchtigenden drängend, und eben diese Mannigfaltigkeit ist es, die eine Entscheidung der Frage bedeutend erschwert, aber auch den richtigen Weg dazu weist, indem sie zu einer Behandlung unter teleologischen Gesichtspunkten auffordert.

a) Es sind einmal konkrete Interessen der Beteiligten, welche für die Frage: „Bestrafung oder Nichtbestrafung?“ ins Auge zu fassen sind, insofern sie durch die Tat teils als verletzt erscheinen, was zur Bestrafung drängt, teils als gewahrt, was zur Nichtbestrafung drängt. Das Nächstliegende ist:

1. das Interesse des Kindes und zwar hier wieder das Nächstliegende

α) das Interesse desselben an körperlicher Unversehrt-

[1]) Kulemann a. a. O. S. 331 (dies, falls nicht gerade Tierquälerei vorliegt). Der von K. daneben angeführte Fall ausgeschlossener Notwehr, daß der Hund sich nicht in Begleitung des Besitzers befunden habe, ist in Wahrheit kein solcher; man kann doch auch dem abwesenden Eigentümer des Hundes Nothilfe leisten.

[2]) Auch der Angegriffene kann selbst bei strafbaren Handlungen hier fehlen, wenn man nicht gerade stets den Staat als Angegriffenen betrachten will (s. dazu Binding I, S. 737); auch dann entfällt Notwehr.

[3]) Dieser spielt eine Rolle, in dem oben S. 7 Anm. 8 an zweiter Stelle angeführten Erkenntnis, weiter in einer Entscheidung des O.-L.-G. Dresden in Leipziger Neueste Nachrichten vom 11. 3. 13 (Nr. 69), S. 27. Vergl. auch Entsch. des O.-L.-G. Rostock vom 9. 7. 15 in „Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtsw.“, Bd. 34 (1916) S. 125 a. E.

heit[1]), das zur Bestrafung drängen würde, da jede Züchtigung eine Störung des körperlichen Wohlbefindens hervorruft und dadurch die Körperintegrität beeinträchtigt. Nach allgemeiner Meinung hat das Kind vollen Anspruch auf vollen Schutz aller zu seiner Individualsphäre gehörigen Rechtsgüter wie der Erwachsene. Dies ist in § 1 BGB. implicite und zweifelsfrei für die privatrechtlichen Rechte ausgesprochen und gilt entsprechend auch für den Schutz, der durch die Paragraphen des Strafgesetzbuches darüber hinaus der Sphäre des Einzelnen gewährt wird. Im allgemeinen ist dies, wie gesagt, anerkannt. Zweifelspunkte haben sich jedoch speziell bei der Beleidigung erhoben. Indes ist auch die Frage der Beleidigungsfähigkeit von Kindern zu bejahen[2]).

β) Andererseits kommt in Betracht ein zweites Interesse des Kindes, das auf Nichtbestrafung hindeuten würde, nämlich das Erziehungsinteresse des Kindes an sich selbst, d. h. das Interesse, zu einem brauchbaren Menschen erzogen zu werden, um den späteren Anforderungen des Lebens genügen zu können. Allerdings ist eine solche Erziehung auch durch Ermahnung, Drohung, Verweis und noch manche andere Mittel möglich und die Stimmen derjenigen, die körperliche Züchtigung zwecks Erziehung verwerfen, mehren sich[3]). So sagt schon Walter von der Vogelweide:

„Nieman kann mit gerten
kindes zuht beherten;
den man z'êren bringen mag,
dem ist ein wort als ein slac".

Speziell für manche Fälle von Züchtigungen Jugendlicher durch

---

[1]) Dies wird von Finger a. a. O. I. S. 64 a. E. und S. 65 sehr stark betont: „Lassen wir lieber einige Zuchtlosigkeiten straflos, als daß Unschuldige (Kinder) unter dem entgegengesetzten Streben zu leiden haben". Finger übertreibt hier u. E.

[2]) R. G. Bd. 10 S. 372, Bd. 27 S. 366 bezw. S. 368: „Es erscheint jedoch ..... eine strafbare Beleidigung von Geisteskranken und Kindern keineswegs ausgeschlossen, wenn auch immerhin ein Verhalten, welches erwachsenen geistesgesunden Personen gegenüber eine Beleidigung sein würde, ihnen gegenüber nicht als ein beleidigendes zu beurteilen sein kann"; Bd. 29 S. 398 ff.

[3]) Vergl. Förster, Fr. W., „Schule und Charakter" (Zürich 1909), S. 180/187; L. von Bar a. a. O. S. 96 Anm. 152: „Zumal die Ansichten über Züchtigungen von Kindern gegenwärtig sehr verschieden sind und eine bei einem Kind gut wirkende Züchtigung bei einem anderen sehr schlechte Wirkung haben kann"; Finger Ger. S. Bd. 74, S. 343: „Ob die Maßregel vor dem Forum eines vernünftigen Erziehers bestehen kann, gehört auf ein anderes Blatt".

fremde Dritte meint Kaufmann[1]), ernstliche Ermahnung auf der Straße würde zunächst genügen. Demgegenüber ist aber zu sagen, daß die allgemeine Meinung die körperliche Züchtigung, wenigstens heute noch, als gutes und in vielen Fällen absolut notwendiges Erziehungsmittel anerkennt[2]); dementsprechend hat auch das Gesetz vielfach ein Züchtigungsrecht zu Erziehungszwecken statuiert. Lehrer und Eltern, die die Erziehung ihrer Kinder ständig überwachen, können kraft ihres dadurch gegebenen psychischen Einflusses eher auf körperliche Züchtigung verzichten, als, wie bei unserer Frage, Dritte, die Flegeleien von Gassenbuben gegenübertreten, bei denen sie mit der geforderten sensiblen Methode höchstens Spott ernten, niemals aber den gewünschten Erfolg erreichen werden[3]). Eine wohlangebrachte körperliche Züchtigung entspricht also diesem Erziehungsinteresse des Kindes.

2. Zum zweiten werden durch die in Frage stehende Situation Interessen der an sich Erziehungsberechtigten (insbesondere der Eltern) berührt und zwar in dreifacher Richtung:

a) Auch bei diesen besteht ein Erziehungsinteresse daran, daß die Kinder zu brauchbaren Menschen erzogen werden und deshalb die Erziehungsmaßregeln sicher und prompt erfolgen. Das betonen insbesondere diejenigen, die vom Gesichtspunkt der negotiorum gestio für

---

[1]) a. a. O. S. 102 f.

[2]) Vergl. Kaufmann a. a. O. S. 14 unten; Heimberger a. a. O. I. S. 389; Fränkel a. a. O. S. 5. Entsch. des O.-L.-G. Dresden vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 204: „Die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß eine angemessene körperliche Züchtigung unentbehrlich und unter Umständen das wirksamste Mittel ist ..... Daß dieser Standpunkt auch der Gesetzgebung nicht fernliegt, ist von selbst gegeben, denn andernfalls würde vom Gesetz nicht den Eltern und anderen zur Erziehung fremder Kinder berufenen Personen ein Züchtigungsrecht zugebilligt worden sein", — ebenso Sammlung von Entsch. des bayer. ob. Landgerichts in Strafs. Urteil vom 3. 1. 11 S. 9 oben; Entsch. vom 4. 12. 12 des O.-L.-G. Jena in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 499: „Einige Stockschläge auf handhafter Tat gelten immer noch als gutes Mittel, 12jährigen Jungen Gelüste zu Diebereien und Sachbeschädigungen auszutreiben".

[3]) Vergl. Sauer a. a. O. S. 408: „Auch Drohungen hätten vielleicht zum Ziele geführt, wenn auch nur unter Aufbietung seiner ganzen Redekunst und erheblichem Zeitverlust. Das alles wird man m. E. dem Verletzten nicht zumuten können". O.-L.-G. Dresden Entscheidung vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 205 weist die Forderung zurück, daß der unartige Knabe testgenommen oder seine Persönlichkeit festgestellt werden müsse, um später seine Bestrafung durch Vater, Schule oder das Gericht herbeizuführen, denn es sei fraglich, „ob durch jene Maßnahmen tatsächlich das vom Berufungsgericht angenommene Ziel (nämlich Bestrafung des jugendlichen Übeltäters) erreicht worden sein würde".

die Eltern ausgehen, um Züchtigungen Jugendlicher durch fremde Erwachsene straflos zu lassen[1]). Dieses Interesse spricht demgemäß für Nichtbestrafung.

β) Außerdem könnte man noch von einem durch prompte und sichere Maßregeln zu wahrenden Elterninteresse an Aufrechterhaltung der Familiendisziplin reden[2]). Auch dieses Interesse spricht für Nichtbestrafung.

γ) Andererseits aber gehört hierher das Interesse der Eltern, daß die Erziehung und damit Züchtigung der Kinder, abgesehen von den Lehrern oder sonstigen Erziehungsberechtigten (Z. B. § 127a GewOrdn.) ausschließlich ihnen vorbehalten bleibt, sozusagen ein Interesse am Erziehungsmonopol. Das ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil die Konzentration der Erziehung und Züchtigung in der Hand der mit der Individualität des Kindes am besten Vertrauten und ihm am meisten Wohlwollenden zweifellos Vieles für sich hat. Da die Züchtigung eines fremden Kindes einen Eingriff in das Erziehungsmonopol der betreffenden Eltern bildet, worauf in Literatur und Praxis an einzelnen Stellen hingewiesen wurde[3]), spricht dies Interesse für Bestrafung des Züchtigenden.

3. Als dritter Interessenträger kommt die Allgemeinheit, die Gesellschaft, bzw. der Staat, hinzu, die ein großes Interesse an

---

[1]) Vergl. unten S. 26 ff.

[2]) So O.-L.-G. Rostock Entsch. vom 2. 11. 89 in Goltd. Arch. Bd. 37, S. 368: „Seinen Ausgang nimmt das Züchtigungsrecht vom elterlichen Erziehungsrecht; welches im Interesse der Aufrechterhaltung von Zucht in der Familie eine Disziplinargewalt in sich schließt".

[3]) Z. B. Eckstein a. a. O. S. 284: „Sie enthält aber möglicherweise einen Eingriff in das Erziehungsrecht eines anderen (insbesondere wenn dieser grundsätzlich nicht durch körperliche Züchtigung straft)". Havenstein a. a. O.: S. 259 mit seinem Hinweis auf „etwaige Konflikte zwischen Haus und Schule". Heimberger a. a. O. II S. 79, indem er vom „Anreiz zum Eingriff in fremde Rechtskreise" spricht; O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6, S. 407: „Indem auf einen so weitgehenden Eingriff in die Erziehung der Kinder eines Dritten"; O.-L.-G. Jena Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 500: „Selbstverständlich steht diesen Rechten das Eigenrecht der Eltern gegenüber ..... Das Haus ist geschützt". Hedemann a. a. O. S. 18: „Die ungebetene Einmischung Dritter kann sehr häufig als Belustigung, wenn nicht als Frechheit erscheinen. Dagegen sind die Eltern durch Rechtspflichten der Außenstehenden genügend gesichert; von Gesetzes wegen können sich Vater und Mutter solche Eingriffe verbieten". Die Revision in der Entsch. des O.-L.-G. Rostock vom 17. 12. 15 in „Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Rechtswissensch." Bd. 34 (1916) S. 352.

α) der Erziehung bezüglich der heranwachsenden Staatsangehörigen haben und dieses Interesse besonders durch den Schulzwang in einschneidender Weise bekunden und durchgesetzt haben, wobei, wie erwähnt, der Personenkreis der für Erziehung und Züchtigung zu Erziehungszwecken in Betracht Kommenden beträchtlich erweitert wurde. Dies öffentliche Erziehungsinteresse haben alle im Auge, die § 679 BGB. bei Züchtigungen fremder Kinder zur Anwendung bringen wollen[1]) und daraus Straflosigkeit in unserem Falle ableiten.

β) Die Allgemeinheit, die Gesellschaft, bzw. der Staat, haben aber auch ein Interesse an Aufrechterhaltung äußerer Zucht und Ordnung; und deshalb an Verhütung von Unflätigkeiten und schlechten Streichen der Jugend, die solche Ordnung stört. Dieses Disziplininteresse spricht zwar ebenso wie das zu α) genannte Erziehungsinteresse gegen Bestrafung, ist jedoch von letzterem zu scheiden. Es ist das maßgebende Interesse für diejenigen, die vom Gesichtspunkt der Strafdelegation[2]) ausgehen, aber auch für andere[2]) insbesondere solche, die mit dem

[1]) Vergl. unten S. 27 ff., ferner aber auch Finger a. a. O. I. S. 62: „Die Gesellschaft, der Staat, haben an der sittlichen Erziehung der heranwachsenden Generation, die man mit Recht die Zukunft des Volkes nennt, das weitgehendste Interesse". Zitelmann a. a. O. S. 119: „Sicher liegt unter den angegebenen Umständen die Erfüllung der Erziehungspflicht im öffentlichen Interesse". Hubrich a. a. O. S. 216: „Das öffentliche Interesse, welches darin besteht, daß die in der Entwicklung begriffenen Individuen zu tauglichen Staatsangehörigen erzogen werden". Brinkmann a a. O. S. 1 f. O.-L.-G. Jena Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498: „Steht schon allgemein das objektive Interesse bei der Beurteilung voran, so gilt das da besonders, wo es sich um Fragen der Erziehung handelt"; O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6 S. 407: „Daß dieser (der Züchtigende) ..... ein vom Standpunkte des allgemeinen Staatsinteresses anzuerkennendes Recht ausgeübt habe"; O.-L.-G. Hamburg in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 8 (1914) S. 601 f.: „Es ist nicht fraglich, daß die Pflicht zur Erziehung zu der auch die Züchtigung für gelegentliche Unarten gehört, im öffentlichen Interesse liegt, wie denn auch die Erziehung eines Kindes unter Umständen den Eltern entzogen und behördlich geregelt werden kann", und O.-L.-G. Braunschweig Entsch. vom 24. 11. 03 in Reger's Entsch. Bd. 26 S. 291: „Nach den Vorschriften des BGB. über Erziehungs- und Züchtigungspflicht des Vaters ist anzunehmen, daß dieser Pflicht ein Recht der Allgemeinheit auf Erfüllung derselben gegenübersteht, da dies im öffentlichen Interesse liegt, wie denn auch die öffentlichen Gewalten berufen sind, gegebenenfalls den Vater durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel in der Erfüllung seiner Erziehungspflicht zu unterstützen"; vergl. auch die unten S. 28 Anm. 2 erwähnte Entsch. des O.-L.-G. Naumburg.

[2]) Vergl. unten S. 37 und S. 51.

[3]) Binding a. a. O. I S. 800: „Das Interesse eines jeden daran, daß unser Gemeinwesen nicht geschädigt werde, durch die Unflätigkeit der unerzogenen Jugend, recht-

Gesichtspunkt der negotiorum gestio für die Gesellschaft[1]) auch für die, welche mit dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses[2]) operieren.

b) Außer der eben behandelten Frage der Interessenverletzung oder Interessenwahrung durch die Tat spielen aber auch sonstige Momente bei der Frage der Bestrafung oder Nichtbestrafung einer Züchtigung fremder Kinder eine Rolle, die, selbst, wenn die Prüfung sub a zu einem Votum für Bestrafung führen würde, doch schließlich Nichtbestrafung veranlassen könnten. So auf der subjektiven Seite der gute Glaube des Züchtigenden, zur Züchtigung berechtigt gewesen zu sein[3]); dies dürfte die erste Entgegnung eines Laien sein, wenn er hört, daß ihn eine Züchtigung, die er einem unartigen Kinde angedeihen ließ, vor den Strafrichter bringen soll. Ferner sind als rechtspolitische Momente zu nennen, die mit dem guten Glauben des Züchtigenden überein-

---

fertigt diese Züchtigung"; O.-L.-G. Jena Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 499: „Zucht und Ordnung im heranwachsenden Geschlecht zu schaffen, wird immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen".

[1]) Vergl. unten S. 30 f.; besonders Binding a. a. O. II S. 201: „So wird man nicht leugnen können, daß einer zuchtlosen Jugend gegenüber, die Ungebühr treibt, jeder als negotiorum gestor der Gesellschaft in gewissem Umfang das Recht disziplinarischen Einschreitens besitzt".

[2]) Vergl. unten S. 40 f.

[3]) Vergl. hiezu besonders (s. auch S. 50 ff.); Hubrich a. a. O. S. 224: „Die Rechtsmäßigkeit der Züchtigung beruht auf dem guten Glauben des Dritten"; Kulemann a. a. O. S. 337: „Wollen wir überhaupt das strafrechtliche Unrecht gegen das lediglich zivilrechtliche unter einem allgemeinen Gesichtspunkte abgrenzen, so werden wir das Merkmal des ersteren darin zu finden haben, daß die betreffenden Handlungen nicht allein objektiv, sondern insbesondere subjektiv eine Auflehnung gegen die Staatsordnung enthalten müssen, also das gerade Gegenteil von dem, was in unserem Fall (Züchtigung eines fremden Kindes) vorliegen würde, wo es dem Täter nicht auf deren Störung, sondern umgekehrt um deren Schutz zu tun ist"; das Landgericht in dem vom O.-L.-G. Jena entschiedenen Fall (a. a. O. S. 498): „Mindestens habe der Angeklagte geglaubt, ein Züchtigungsrecht stehe ihm zu"; O.-L.-G. Kiel Entsch. vom 5. 12. 96 in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 275: „Wenn dies der Fall ist, so entfällt das Moment des rechtswidrigen Bewußtseins"; im Gegensatz zu der späteren Entscheidung desselben Gerichts vom 27. 11. 09, die unter dem Einfluß der Entscheidungen des R. G. Bd. 4 S. 99 und Bd. 33 S. 32 steht, (die Strafkammer, von der aus an das O.-L.-G. Kiel Revision eingelegt wurde, hatte in dieser Sache die frühere Ansicht des O.-L.-G. Kiel vertreten), Schleswig-Holstein'sche Anzeigen Bd. 74 (N. F. 1910) S. 47: „Nach Lage der Sache habe er (der Angeklagte) sich für befugt halten dürfen, den beim wiederholten Diebstahl ertappten Knaben in Vertretung des väterlichen Züchtigungsrechts mit einer Tracht Prügel zu züchtigen. Die Strafkammer hat mit dieser Ausführung das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit verneint und ist somit zur Freisprechung gelangt. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden"; Zitelmann a. a. O. S. 111.

stimmende Volksempfindung[1]) und die geringe Zahl der wirklich zur Bestrafung kommenden Fälle. Wenn wirklich jede Züchtigung eines fremden Kindes bestraft würde, so wäre wohl mit Recht die Frage aufzuwerfen, ob es dann überhaupt noch einen Staatsbürger gäbe, der nicht vorbestraft wäre. In Anbetracht der ohnehin schon ins Unendliche gesteigerten Strafdrohungen ist die Rechtsempfindung des Volkes wohl der Beachtung wert, die darin kein Unrecht findet, daß ein Erwachsener für Zucht und Ordnung bei der sich selbst überlassenen Jugend sorgt. Dieser Rechtsempfindung entspricht es auch, daß erfahrungsgemäß tatsächlich wenige diesbezügliche Prozesse wegen Körperverletzung angestrengt werden, obgleich, wie gesagt, täglich Gelegenheit dazu gegeben wäre[2]). Bei denjenigen Fällen aber, die wirklich zur Kriminalisierung führen, ist der tiefere Grund des Strafantrages meist nicht die angebliche Körperverletzung des Kindes, sondern ein weniger schätzenswerter, z. B. frühere Zwistigkeit des Antragstellers mit dem Züchtigenden[3]).

c) Bei Würdigung dieser Interessenlage sehen wir, daß quantitativ die größere Zahl der für die Frage in Betracht kommenden Interessen auf Nichtbestrafung hindeutet. Das ist aber auch der Fall, wenn wir sie auf ihre rechtliche Relevanz prüfen. Das Interesse des Kindes an körperlicher Integrität ist allerdings rechtlich anerkannt, ist aber, soweit Erziehungsfragen hereinspielen, vom Recht hinter das Interesse der Erziehung zurückgestellt, andernfalls hätte es nicht ein Züchtigungsrecht der Eltern, Lehrer und Lehrherrn statuiert, solange das Kind erziehungsbedürftig ist[4]). Andererseits hat das Gesetz diesen Personen

---

[1]) Kulemann a. a. O. S. 330: „Die öffentliche Meinung gibt mir recht"; Sauer a. a. O. S. 803: „Ein Laienrichter wird zwar schnell sein Urteil auf Freisprechung abgeben"; Rotering a. a. O. S. 65 f., auch Leisering D. J. Z. (8. Jahrg.) S. 400: „Daß in anderen Fällen die staatliche Bestrafung viel zu spät erfolgen würde und deshalb das Gerechtigkeitsgefühl unbefriedigt lassen würde"; das Landgericht in dem vom O.-L.-G. Jena entschiedenen Falle (a. a. O. S. 498): „Nach allgemeiner tief im Volksbewußtsein wurzelnder Überzeugung habe jeder Volksgenosse das Recht, ... gegen jugendliche Ausschreitungen vorzugehen"; s. auch das O.-L.-G. S. 500 daselbst; O.-L.-G. Karlsruhe, Entsch. vom 6. 12. 09 und 18. 1. 17 in „Deut. Strafr. Zeitung" 1917 S. 96.

[2]) Kulemann a. a. O. S. 341.

[3]) Vergl. Eckstein a. a. O. S. 281: „Zumal bei Verfeindungen der Nachbarn und vorherigen Drohungen und Warnungen".

[4]) So auch O.-L.-G. Dresden, Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 204: „Daß dieser Standpunkt auch der Gesetzgebung nicht fernliegt, ist von selbst gegeben, denn andernfalls würde vom Gesetz nicht den Eltern und anderen zur Erziehung fremder Kinder berufenen Personen ein Züchtigungsrecht zugebilligt worden sein."

das Züchtigungsrecht aber nicht im eigenen Interesse[1]), sondern im Interesse des Kindes und zu dessen Erziehung, Heil und Förderung gegeben[2]), d. h. es hat kein absolutes Erziehungsmonopol für diese Erziehungsberechtigten aufstellen wollen[3]), ebensowenig wie in Deutschland die Heilbehandlung von Patienten auf approbierte Ärzte beschränkt ist. Das Erziehungsinteresse des Kindes ist also das maßgebende und das Eigenrecht der Eltern kommt nicht entscheidend in Frage, wenn die Züchtigung des Kindes durch einen Fremden dem Erziehungsinteresse des Kindes entspricht.

[1]) Vergl. hierzu oben S. 3.

[2]) Auf diese Tendenz der Verleihung des Züchtigungsrechts gegenüber einem Kinde, nämlich Förderung des Wohls desselben, wird vielfach hingewiesen: Kaufmann a. a. O. S. 15: „Diese Befugnis (der Erzieher, das Kind zu züchtigen) ist aber durch den Erziehungszweck und die Pflicht der Förderung des körperlichen und geistigen Wohls des Kindes begrenzt". — Havenstein a. a. O. S. 244: „So finden wir bei Vater und Mutter, bei Vormund und Lehrherrn ..... nur die Erlaubnis, Zuchtmittel anzuwenden, welche der Erziehung, der Bildung des Kindes, dienen und ihr angemessen sind" ähnlich S. 252; Hubrich a. a. O. S. 171 f.: „Das als Ausfluß einer Erziehungsgewalt zustehende Züchtigungsrecht darf nur im Interesse der Erziehung, zur Förderung des Wohls der Person, über welche die Erziehungsgewalt gegeben ist, ausgeübt werden". Klein a. a. O. S. 207: „Soll doch jede Züchtigung nur dem Wohle des zu erziehenden Kindes dienen"; Schubert a. a. O. S. 16: „Die elterliche Gewalt ist ja ein den Interessen des Kindes dienendes Schutzverhältnis"; Fränkel a. a. O. S. 20: „und daß er durch die Züchtigung in dessen (des Kindes) Interesse handle". Brinkmann a. a. O. S. 6 f. u. S. 31 (bezüglich Übertragung des Z. R.) O.-L.-G. Posen in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 164: „Vielmehr ist davon auszugehen, daß das in den §§ 1631, 1634 BGB. den Eltern gewährte Recht und die damit verbundene Verpflichtung, ihre Kinder zu erziehen und kraft ihres Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen sie anzuwenden, ihnen lediglich im Interesse und zum Schutz der Kinder gegeben"; vergl. auch die unten S. 20, Anm. 3, erwähnte Entscheidung des O.-L.-G. Posen vom 30. 4. 10 in Jahrb. für Strafr. und Strafpr. 1914 S. 71.

[3]) Vergl. § 1666 BGB. und die Fürsorgeerziehungsgesetze.

II.

Die Frage de lege lata.

1. Erfüllung der Deliktsbeschreibung der Körperverletzung durch die Züchtigung.

§ 4.

Der § 223 Abs. 1 des Strafgesetzbuches lautet: „Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark bestraft". Das Interesse des Kindes an körperlicher Integrität[1]), das Rechtsgut der Körperintegrität überhaupt, wird hiedurch auf denkbar stärkste Weise anerkannt und seine Verletzung mit Energie kriminalisiert. Zweifellos wird durch das geschilderte Verhalten an und für sich dieses Interesse des Kindes an körperlicher Integrität verletzt und fällt daher die Tat an und für sich unter die eben angeführte Beschreibung des Delikts der Körperverletzung, speziell der körperlichen Mißhandlung, wie man auch sonst über ihre Behandlungsweise denken mag. In dem Bestreben, den Züchtigenden doch nicht wegen Körperverletzung bestrafen zu müssen, ist aber von manchen behauptet worden, eine Züchtigung sei überhaupt keine Körperverletzung (keine körperliche Mißhandlung). Dann wäre sie natürlich auch nicht (als solche) strafbar. So sagt Eckstein mit eigenartig subjektiver Wendung[2]): „Zu den Voraus-

[1]) S. oben S. 10 f.

[2]) a. a. O. S. 282 und zwar auch für die Fälle der Züchtigung fremder Kinder durch Dritte, was aus seinen vorhergehenden Worten zu ersehen ist: „Es tritt vielmehr zu ihr (Begründung der Straflosigkeit aus Züchtigungsrecht) noch eine andere hinzu und diese kann mit Erfolg auch auf den Anwendung finden, dem ein Züchtigungsrecht nicht zusteht".

setzungen der strafbaren Körperverletzung gehört das Moment der körperlichen Mißhandlung ..... Ich behaupte, die berechtigte körperliche Züchtigung ist nicht eine auf Grund des Züchtigungsrechts vom Gesetz gestattete körperliche Mißhandlung; eine Handlung, die als Sühne für ein Unrecht des Zöglings vorgenommen wird, kann überhaupt nicht als Mißhandlung aufgefaßt werden. Man darf nicht die Züchtigungshandlung völlig isoliert betrachten, losgelöst von ihrem Zweck und unbekümmert um ihren eigentlichen Inhalt. Inhalt der Züchtigung ist nicht nur[1]) eine Schmerzzufügung, sondern ihr Inhalt ist „Erziehung". Eine Erziehungshandlung als solche aber, sofern sie sich in den Grenzen einer richtigen Erziehung hält, ist eine durchaus korrekte Behandlung des Jugendlichen und darum nicht eine Mißhandlung". Nicht auf die Rechtmäßigkeit der Handlung sei das Gewicht zu legen, sondern auf den Charakter als Erziehungshandlung, wenn ja Straflosigkeit auch bei fehlendem Züchtigungsrecht, wenn nein Strafbarkeit auch bei vorhandenem objektiven Züchtigungsrecht[2]). Erwähnt werden kann in dieser Richtung auch Havenstein. Dieser gibt zwar zu[3]), daß rein äußerlich genommen eine Mißhandlung, Körperverletzung bei Züchtigung von Kindern durch ihre Lehrer usw. vorliegt und redet weiter nur von dem, der erziehungsberechtigt ist, was gerade in unserem Fall zweifelhaft und erst zu klären ist, von ihm übrigens bejaht wird[4]). Er nimmt aber außerdem an[5]), daß bei einer Erziehungshandlung, die von solchen Erziehungsberechtigten in Erziehungsabsicht zur Förderung der Entwicklung des Zöglings ohne Schädigung seiner Gesundheit vorgenommen sei, von Beleidigung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung überhaupt nicht die Rede sein könne. — Dieser Gesichtspunkt der Verneinung, daß die Deliktsbeschreibung der Körperverletzung (körperlichen Mißhandlung) überhaupt hier erfüllt sei, ist in ähnlicher Weise für andere Autoren maßgebend gewesen, um für die Straflosigkeit der ärztlichen Operation eintreten zu

[1]) Damit gibt Eckstein mittelbar selbst zu, daß Züchtigung Mißhandlung ist, er hält es auch für nötig, in den folgenden Ausführungen noch weitere Gründe für die Straflosigkeit anzuführen (vergl. unten S. 28); — allerdings ist Züchtigung, d. h. Einwirkung durch Schmerzzufügung, nicht isoliert zu betrachten, d. h. aber nicht, daß ihr deshalb der Charakter der Körperverletzung abgestritten werden kann.

[2]) Vergl. Eckstein a. a. O. S. 282 f.

[3]) a. a. O. S. 251.

[4]) a. a. O. S. 255.

[5]) a. a. O. S. 253.

können. So versucht Heimberger[1]) eine deductio ad absurdum mit den Worten: „Bei der Staroperation durchtrennt der Arzt die Hornhaut — Gesundheitsbeschädigung —, dann spaltet er die Linsenkapsel — Gesundheitsbeschädigung —, dann entfernt er die Linse — Gesundheitsbeschädigung — und schließlich hat der Mensch infolge all der genannten Gesundheitsbeschädigungen das Augenlicht wieder". Wenn diese Stimmen auch in gewissem Sinn den Sprachgebrauch für sich haben und aus diesem Grunde bestechend erscheinen, so ist doch zu sagen, daß der Jurist nicht auf dem gesellschaftlichen, sondern auf dem juristischen Sprachgebrauch fußen muß. Auch wenn wir den weiten Begriff der Körperverletzung von von Liszt[2]) nicht annehmen, sondern uns der allgemeinen Definition (Störung des körperlichen Wohlbefindens) anschließen, steht fest, daß eine Züchtigung im Gezüchtigten ein körperliches Unlustgefühl hervorruft. Sie ist also objektiv körperliche Mißhandlung, Körperverletzung[3]). Auch der Körperverletzungsvorsatz fehlt nicht (wenn man die Sache etwa subjetiv wenden wollte): Der Züchtigende ist sich vielmehr des genannten Charakters seiner Handlung bewußt und will es so. Gründe wie der, es könne dem Arzt nicht angetan werden, daß seine menschenfreundliche Handlung als Körperverletzung bezeichnet werde, treffen nicht den Kern der Sache. Auch der Soldat begeht eine Körperverletzung, ohne daß er deshalb aber strafbar wäre. Es handelt sich zunächst nicht darum, festzustellen, ob das Unwerturteil, das der Staat mit Aufstellung des § 223 StGB. an das beschriebene Verhalten knüpft, auch in diesen Fällen gilt, sondern ob das Verhalten die Deliktsbeschreibung des genannten Paragraphen überhaupt an sich objektiv erfüllt, bezw. der ihr entsprechende Vorsatz subjektiv vorliegt. Beides ist sowohl beim Züchtigenden, wie beim Arzt und beim Soldaten der Fall. Beim Soldaten wird das vorläufige Unwerturteil trotzdem sogar in sein Gegenteil verkehrt und der Staat

[1]) a. a. O. II S. 40; ähnlich Reinhard Frank: „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" (1914, 11.—14. Aufl.) S. 385/387 und die dort Zitierten.

[2]) a. a. O. § 87 II, 1: Körperverletzung „liegt vor, sobald in den im Augenblicke des Handelns gegebenen körperlichen Zustand störend (sei es schädigend, sei es auch fördernd) eingegriffen wird".

[3]) So auch speziell für unsern Fall R.-G. Bd. 4 S. 99: „Der objektive Tatbestand der Körperverletzung ist vom Instanzrichter nicht bestritten"; und „nach den Feststellungen hat Angeklagter N. den Willen gehabt, den Knaben zu züchtigen, er hat auch die Züchtigung in der Art ausgeführt, daß dieselbe alle Kriterien einer körperlichen Mißhandlung an sich trägt"; Finger a. a. O. I S. 86 Sp. 2; auch alle übrigen, die zu der Frage Stellung genommen haben.

zeichnet ihn aus, obgleich er, was doch nicht bestritten werden kann, Körperverletzung, ja sogar Tötung begeht. Die innere Kraft der Behauptung, Züchtigung sei keine Körperverletzung, liegt darin, daß sie eine berechtigte Reaktion gegen eine gerade bei unserer Frage vielfach angewandte Praxis[1]) ist, die davon ausgeht, daß jede Handlung, die eine Deliktsbeschreibung des Strafgesetzbuches erfüllt, auch bestraft werden muß, wenn nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung durch eine bestimmte besondere andere, wohl gar ausdrückliche Bestimmung der Rechtsordnung ausgeschlossen ist, die die mangelnde Rechtswidrigkeit für bestimmte Fälle ausspricht.

2. Frage des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit und damit der Strafbarkeit trotz erfüllter Deliktsbeschreibung.

§ 5.

I. Die Vertreter einer Ablehnung des Unrechtsausschlusses mangels Züchtigungsrecht.

Als Folge der richtigen Voraussetzung, daß die Züchtigung eines fremden Kindes (bzw. jede Züchtigung) die Deliktsbeschreibung des § 223 StGB. erfüllt, haben manche Autoren und Entscheidungen die Strafbarkeit einer derartigen Handlung schlechtweg ohne Begründung, oder deshalb, weil ein derartiges Züchtigungsrecht im Gesetz nirgends besonders anerkannt sei, bejaht. So[2]) sagt Olshausen[3]): „Trotz des Fehlens positivrechtlicher Normen wird nicht selten ein Züchtigungsrecht Erwachsener gegenüber Kindern zur Abwehr von Ungezogenheiten behauptet, ein solches ist jedoch zu verneinen". Fürs österreichische Recht, das hier auch beigezogen werden mag, lehnt Finger[4]) ein solches Züchtigungsrecht ab, ebenso Touaillon[5]): „Tatsächlich geschieht dies (daß ein fremdes Kind gezüchtigt wird) ja auch jetzt schon oft genug, aber natürlich ohne gesetzliche Berechtigung". Anna Schultz[6]) ist noch kürzer und behauptet:

[1]) Vergl. unten S. 2[illegible] ff.

[2]) S. auch noch Geyer in Holtzendorf's Handbuch des Strafr. Bd. IV S. 365.

[3]) Kommentar zum Strafgesetzbuch 9. Auflage 1912, § 223 Nr. 10; Olshausen ist der Ansicht, Hubrich sei derselben Meinung wie er, vergleiche jedoch hierzu unten S. 3[illegible].

[4]) A. Finger a. a. O. II. S. 114 f., vergl. aber unten S. 3[illegible].

[5]) a. a. O. S. 622, vergl. aber de lege ferenda unten S. 57.

[6]) Der strafrechtliche Schutz des Kindes (Heidelberg 1908) S. 8/9, vergl. aber de lege ferenda unten S. 57 Anm. 5.

„Nach geltendem Recht wäre ein derartiges Vergehen als Körperverletzung strafbar". Dohna erklärt[1]): „Zweifellos ist nicht ein jeder zur Züchtigung eines ihm gänzlich fernstehenden ungezogenen Jungen befugt, weil offenbar eine solche generelle Befugnis dem durch die Zucht zu erreichenden erzieherischen Zweck weit mehr schaden als nützen würde". Dohna ersetzt hier durch die Worte zweifellos und offenbar wirkliche Gründe, denn es ist nicht zuzugeben, daß dadurch mehr Schaden als Nutzen entstehen würde. Worin sollte denn bei entsprechender Begrenzung des Züchtigungsrechts Dritter gegen fremde Kinder der Schaden bestehen? Daß auch bei den zuletzt genannten Autoren die richtige Empfindung für die Interessenlage durchdringt, sehen wir aus ihrem Standpunkt de lege ferenda (s. unten S. 55 ff). Was die Praxis betrifft, so hat insbesondere das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung[2]) und ebenso das Reichsmilitärgericht[3]) den Ausschluß der objektiven Rechtswidrigkeit durch ein Züchtigungsrecht Dritter gegen fremde Kinder abgelehnt. Das Reichsgericht operiert also ebenfalls im Punkt der Rechtswidrigkeit der Züchtigung fremder Kinder mit Anerkennung dieses Rechts durch das Recht, d. h. mit Bestehen einer besonderen Bestimmung, die ausdrücklich oder implicite ein solches anerkennt, und vertritt diesen Standpunkt auch sonst bezüglich des Züchtigungsrechts in ähnlicher Weise[4]). Was das Züchtigungsrecht der Lehrer betrifft, so sucht das Reichsgericht, indem es das entscheidende Gewicht auf Statuierung dieses Rechts durch eine Bestimmung der Rechtsordnung legt, den Rechtfertigungsgrund in landesrechtlichen Gesetzen, Verordnungen und Reglements unter Verzicht auf jegliche Rechtsgleichheit und zugleich Rechts-

[1]) a. a. O. S. 92, vergl. aber auch hiezu die Stellungnahme Dohna's de lege ferenda unten S. 56.

[2]) R.-G. Entsch. vom 9. 4. 81 Bd. IV S. 99: „Der objektive Tatbestand einer Körperverletzung ist vom Instanzrichter nicht bestritten; auch die Widerrechtlichkeit derselben ist anerkannt"; S. 100: „so darf auch die Berufung auf eine im Recht nicht anerkannte subjektive Berechtigung zur Vornahme einer an sich strafbaren Handlung keine Beachtung finden".

[3]) Entsch. des Reichsmilitärgerichts vom 10. 3. 12 Bd. II, S. 212: „Daß dem Angeklagten ein Recht zu einer Züchtigung des Knaben zugestanden habe, behauptet die Revision selbst nicht".

[4]) So lehnt das R.-G. in der Frage, ob dem Religionsdiener als solchem ein Züchtigungsrecht gegen minderjährige Teilnehmer am Gottesdienst (Christenlehre) zustehe, das Züchtigungsrecht ab, weil ein Erziehungsrecht und damit Züchtigungsrecht des Pfarrers vom Gesetz nicht anerkannt sei, und auch nicht als dessen selbstverständliches Attribut gelten könne. Bd. 20 S. 371.

sicherheit in der jurisdictionellen Behandlung des Problems[1]). Andererseits erkennt aber das Reichsgericht die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung gerade bezüglich der Züchtigung an, indem es vielfach den Lehrern ein Züchtigungsrecht gibt, auch wenn ein konkretes Landesrecht Bestimmungen über Schulzucht und über das dem Lehrer zustehende Züchtigungsrecht nicht enthält[2]). Es erblickt dabei den Grund des Züchtigungsrechts darin, daß dem Lehrer das Gesetz das „Erziehungsrecht" übertragen habe, übersieht aber einerseits, daß es viele Arten der Erziehung gibt, mit denen ein Züchtigungsrecht nicht verbunden ist[3]), andererseits daß oft auch sonst eine Züchtigung im wahren Interesse des Kindes liegt, und deshalb die Lücke im Gesetz nach dessen allgemeinen Zwecken zu ergänzen ist. Auf demselben ablehnenden Standpunkt wie das Reichsgericht stehen eine Entscheidung des bayerischen Kassationshofes[4]), ein Beschluß des O.-L.-G. München[5]) und eine Entscheidung desselben Gerichtshofs[6]), ferner des bayerischen obersten Landes-

[1]) Vergl. hierzu Havenstein a. a. O. S. 242 ff. und Keßler R. (das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer in Ger.-Saal Bd. 41 S. 161 ff.), dessen ganze Abhandlung der Kritik der reichsgerichtlichen Praxis gewidmet ist und dessen Argumente trotz der Bekämpfung durch Stenglein (in Ger.-Saal Bd. 42 S. 1 ff.) bestehen bleiben, wenn auch die Form seiner Ausführungen nicht immer ganz einwandfrei ist, ferner Nagler a. a. O. bes. S. 280 f. und S. 359 Anm. 1; Fuchs a. a. O. S. 513 f. u. S. 523 f.; Schwarze a. a. O. I S. 599 f. und Kohler a. a. O. S. 419. Diefenbach O.-L.-G.-Rat in Kolmar: „Über das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Erziehungsberechtigten" in „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", begr. von I. A. Gruchot, 54. Jahrg. (1910), S. 107 f., 117 f.

[2]) R.-G. Bd. 35 S. 183: „Aus dem Fehlen derartiger Vorschriften in dem Landrechte läßt sich aber keineswegs die Folgerung ziehen, daß nunmehr den Volksschullehrern dortselbst kein Z.-R. zusteht"; ähnlich Rechtssprechung des R.-G. in Strafsachen Bd. 9 S. 167; R.-G. Bd. 20 S. 371, Bd. 33 S. 72.

[3]) Vergl. Havenstein a. a. O. S. 248 ff.

[4]) Entsch. vom 5. 2. 76 in Stenglein's Zeitschrift Bd. VI (N. F.) S. 284: „Wollte der Gesetzgeber das Züchtigungsrecht selbst Kindern gegenüber jedermann zugestehen, so wäre er nicht veranlaßt gewesen, dieses Recht den Eltern und Vormündern gegen ihre Kinder und Pfleglinge besonders einzuräumen".

[5]) Entsch. vom 10. 10. 96 in Reger's Entsch. Bd. 18 (N. F.) S. 368: „Daß diese Tat, da dem Angeschuldigten ein Züchtigungsrecht nicht zustand ..... ein Vergehen der leichten Körperverletzung nach dem § 223 StGB. bildet".

[6]) Entsch. vom 11. 2. 85 in Münchner Entsch. Bd. III S. 334: „Es besteht aber nirgends eine gesetzliche Bestimmung, welche jeden berechtigt, eine jugendliche Person wegen eines verübten Mutwillens oder einer begangenen Eigentumsbeschädigung zum Zwecke der Bestrafung und zur Warnung für die Zukunft auf der Stelle zu züchtigen".

gerichts[1]), des sächsischen Oberappellationsgerichts[2]), des O.-L.-G. Kiel[3])[4]) und des Kgl. Obertribunals[5]). Diesem gegenüber ist zu betonen, daß, wenn man auch mit unserer Darstellung daran festhält, daß die Züchtigungen und so auch unser Fall derselben die Deliktsbeschreibung des § 223 StGB. erfüllt und an und für sich das Interesse des Kindes an seiner Körperintegrität verletzt, damit noch nicht im Sinne der eben angeführten Auffassung entschieden ist. Vielmehr ist noch weiter zu untersuchen, ob nicht auch o h n e eine s p e z i e l l e Bestimmung unserer Rechtsordnung, die ein Züchtigungsrecht gegenüber unartigen fremden Kindern anerkannte[6]) aus dem Zwecke der einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes sich doch der Ausschluß der Rechtswidrigkeit und damit Straflosigkeit einer derartigen Züchtigung ergibt, solange die Züchtigung sich in den richtigen Grenzen hält.

II. Annahme des Unrechtsausschlusses.

Es ist zwar davon auszugehen, daß die Deliktsbeschreibungen des Strafgesetzbuches ein Indiz für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens

[1]) Entsch. vom 3. 1. 11 in bayer. Entsch. Bd. XI S. 10: „Allerdings mußte das Berufungsgericht das von dem Angeklagten zu seiner Verteidigung geltend gemachte Recht zur Züchtigung des jungen N. nach allen Richtungen auf seine Begründetheit prüfen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß sich das Gericht dieser Verpflichtung entzogen habe; es hat vielmehr ..... ausgesprochen, daß dem Angeklagten dem N. gegenüber ein Züchtigungsrecht überhaupt nicht zustand."

[2]) Entsch. vom 26. 3. 77 in Stenglein's Zeitschr. Bd. VII (N. F.) S. 298: „So ist hiemit der Tatbestand des Vergehens der vorsätzlichen Körperverletzung sowohl in objektiver als in subjektiver Beziehung gedeckt, indem schon der Schlag, welchen Privatangeklagter dem Knaben in der Absicht, ihn zu züchtigen, also ihm körperliche Schmerzen zu bereiten, versetzt hat, eine körperliche Mißhandlung im Sinne des § 223 RStGB. enthält".

[3]) Entsch. vom 27. 11. 09 in Schleswig-Holsteinische Anzeigen Bd. 74 (N. F. 1910) S. 47: „Ein Züchtigungsrecht stand aber dem Angeklagten nach den tatsächlichen Feststellungen (wegen Diebstahls des Kindes) nicht zu".

[4]) Entsch. vom 6. 6. 14 in Schleswig-Holsteinische Anzeigen Bd. 78 (N. F. 1914) S. 247: „Ein Züchtigungsrecht fremder Kinder ist ohne Vorliegen von Notwehr nicht anzuerkennen".

[5]) Entsch. vom 27. 11. 74 in Goltd. Arch. Bd. 22 S. 614: „Zugleich ist aber auch anerkannt, daß dem Verklagten ein Züchtigungsrecht gegen den Sohn des Klägers nicht zugestanden hat".

[6]) Eine solche existiert de lege lata für unsern Fall anerkanntermaßen nicht. Das geschriebene Recht ist aber gerade bezüglich der Unrechtsausschließungsgründe lückenhaft und dies gilt insbesondere für unsern Fall. In diesem Sinne wendet sich auch Kohler a. a. O.

nach positivem Recht sind: „Wo Rauch ist, da ist auch Feuer“[1]). Endgültig ist aber mit dem Unterfallen unter die Deliktsbeschreibung nicht über die Frage der Rechtswidrigkeit — die Voraussetzung der Strafbarkeit — entschieden. Wenn die Rechtsordnung eine Handlung für strafbar erklärt, so spricht sie damit über diese Handlung ein negatives Werturteil aus. Dieses Werturteil ist dahin zu verstehen, daß das Recht die betreffende Handlung für gesellschaftsschädlich hält. Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß nicht besondere Umstände eingreifen: die sogenannten Unrechtsausschlußgründe. Ihr allgemeiner Charakter ergibt sich aus dem eben Gesagten: Es handelt sich um besondere Umstände, die trotz zutreffender Deliktsbeschreibung doch die Annahme von Sozialschädlichkeiten ausschließen[2]). Damit ist der allgemeine Rahmen für diese Unrechtsausschlußgründe gegeben, innerhalb dessen die einzelnen Unrechtsausschlußgründe liegen, deren Annahme im Speziellen noch weiterer positivrechtlicher Anhaltspunkte und darauf aufgebauter Direktiven bedarf. Maßgebend für die Annahme solcher Unrechtsausschlußgründe ist dabei die gesamte Rechtsordnung. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn man nicht von einer „Einheit der Rechtswidrigkeit“ ausgeht, denn wenn das Recht an einer Stelle etwas erlaubt, oder seine Vornahme als Ausübung eines Rechts anerkennt, oder gar als Pflichterfüllung fordert, so kann es dasselbe nicht an einer andern Stelle für sozialschädlich und deshalb für rechtswidrig erklären. Das hieße mit einer Hand geben und mit der anderen nehmen[3]). So ist z. B. das Züchtigungsrecht der Eltern im bürgerlichen Recht anerkannt, wirkt aber natürlich auch dem § 223 StGB. gegenüber als Unrechtsausschlußgrund. Der eben entwickelte Grundgedanke der Unrechtsausschlußgründe — fehlende Sozialschädlichkeit — ist aber, wie schon angedeutet, zu weit und farblos, um aus ihm ohne weiteres praktische Folgerungen schöpfen zu können. Es gilt deshalb, speziell mit Berücksichtigung unseres Falls, zu zeigen, in welchen Richtungen er im Einzelnen im positiven Recht ausgeprägt ist: „Als Ausprägungen dieser Grundidee der Unrechtsausschlußgründe ergeben sich für Züchtigungen fremder Kinder durch dritte Erwachsene die im folgenden anzuführenden Gesichtspunkte:

S. 419 gegen eine „formalitische Jurisprudenz“; desgleichen Nagler a. a. O. S. 280 f. und S. 359 Anm. 1; Fuchs a. a. O. S. 513 f.; Havenstein a. a. O. S. 242 ff.; Schwarze a. a. O. I S. 599; Binding a. a. O. II S. 200 f.

[1]) M. E. Mayer a. a. O. S. 10; ähnlich Hegler a. a. O. S. 35; Beling a. a. O. S. 162 f.

[2]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 36 ff.

[3]) So auch Hegler a. a. O. Anm. 31 a. E.

A. Der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Der Vater bezw. die Eltern (oder die sonstigen erziehungsberechtigten Personen) werden als Geschäftsherrn angenommen von Zitelmann. Er ist derjenige, der vor allem die Geschäftsführung ohne Auftrag als Unrechtsausschlußgrund betont und gerade bezüglich unserer Frage sich folgendermassen äußert[1]): „Ebenso ist der Gesichtspunkt der Geschäftsführung zu verwerten, wenn jemand einem unerwachsenen Menschen, der etwa auf der Straße eine Ungezogenheit begeht, die verdiente Züchtigung zuteil werden läßt. Das ist nicht objektiv rechtswidrig, wenn es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vaters oder sonstigen Inhabers des Züchtigungsrechts entspricht, daß der Dritte dieses Recht sofort ausübe". Auf Zitelmann nimmt Bezug Ahrens[2]) und außer diesem haben sich dieser Ansicht eine große Zahl von Autoren angeschlossen, so Crome[3]), Heimberger[4]), Klein[5]), Fischer[6]), Fränkel[7]) und Kaufmann[8]). Auch in der Praxis ist dieser Stand-

[1]) a. a. O. S. 110.

[2]) a. a. O. S. 32: „b) Über die Züchtigung eines fremden Kindes wegen Ungezogenheit vergl. Zitelmann S. 110 f. und S. 115".

[3]) System des bürgerlichen Rechts (1908) Bd. IV § 697 Anm. 17: „Auch nützliche Geschäftsführung für die Eltern dürfte unter Umständen anzunehmen sein".

[4]) a. a. O. I. S. 392: „Zwar äußert sich unser geschriebenes Recht, abgesehen von der Gewerbeordnung § 127a, die dem Lehrherrn eine väterliche Zuchtgewalt gegenüber dem Lehrling überträgt, hierüber nicht, aber eine vernünftige Rechtssprechung wird sich nicht scheuen, die gelegentliche stellvertretende gewissermaßen in Form der Geschäftsführung ohne Auftrag vorkommende Züchtigung durch ältere Verwandte und nicht Verwandte anzuerkennen".

[5]) a. a. O. S. 207 Anm. 3: „Die Widerrechtlichkeit der Züchtigung kann ausgeschlossen sein, weil der Züchtigende als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Züchtigungsberechtigten handelte".

[6]) a. a. O. S. 264: „Eine Züchtigung solcher (fremder unartiger) Kinder läßt sich juristisch nur vom Gesichtspunkt der Notwehr oder der Geschäftsführung ohne Auftrag für die abwesenden aufsichtspflichtigen Personen rechtfertigen".

[7]) a. a. O. S. 19 so auch Brinkmann, obgleich er (a. a. O. S. 41) von auftragloser Geschäftsführung im Sinne des Züchtigungsberechtigten spricht (vergl. unten S. 36 Anm. 5).

[8]) a. a. O. S. 102: „Läßt man eine leichte Übertragung derselben (elterlichen Zuchtgewalt) zu und gestattet man auch im Sinne Hubrich's eine negotiorum gestio für die Eltern, so kann den schlimmsten Ungezogenheiten genügend gegenübergetreten werden", und „kein Züchtigungsrecht besteht entgegen dem ausgesprochenen Willen der Eltern"; Hubrich geht aber tatsächlich nicht von negotiorum gestio für die Eltern, sondern von deren Einwilligung aus, vergl. unten S. 36 und S. 52f.

punkt vertreten vom O.-L.-G. Kolmar[1]), insbesondere aber vom O.-L.-G. Jena[2]). Hiezu gehört auch wohl sensu latiori M. E. Mayer[3]), der zu einer Erweiterung des Kreises der Erziehungsberechtigten durch die Erwägung gelangt, „daß Erziehung immer durch Ungezogenheit veranlaßt wird, daß also jedem Erwachsenen, der das ungebührliche Benehmen eines fremden Kindes wahrnimmt, oder dadurch belästigt wird, ein Züchtigungsrecht dann zusteht, wenn die primär zur Erziehung verpflichteten Personen nicht zugegen oder nicht erreichbar sind. — Erziehungs- nicht Selbsthilfe! — Sie entspricht unserer Kultur und unsere Rechtsordnung läßt nirgends erkennen, daß sie anderer Ansicht ist". Eine besondere Ausprägung bildet die Ansicht derjenigen, die ebenfalls von Geschäftsführung ohne Auftrag für den Vater ausgehen, jedoch mit Hilfe des § 679 BGB. die Züchtigung eines fremden Kindes selbst gegen den Willen des Vaters zulassen wollen, um einem Vorwurf zu entgehen, welcher der Anschauung zu machen ist, die den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ohne Heranziehung des § 679 anwenden will. Wenn nämlich nach dem konkreten Charakter der Eltern vielleicht nach deren direkter Äußerung bei vorangegangenen ähnlichen Vorfällen, Obstdiebstählen usw. (Verbot der Züchtigung durch Dritte), ein wirklicher

[1]) Entsch. vom 2. 5. 05 in Warneyer's Jahrb. (1907) S. 57: „Zur Züchtigung eines fremden Kindes ist nur berechtigt, wer hiebei in Vertretung des Gewalthabers handelt, oder sich in Notwehr befindet; gegen den erklärten oder annehmbaren Willen des Gewalthabers steht niemandem ein Züchtigungsrecht zu", vergl. auch unten S. 28 Anm. 6.

[2]) Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498 f.: „Faßt man das Recht des Volksgenossen, wovon das Landgericht ausgeht, privatrechtlich auf, so bietet sich der Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung dar (§§ 677 ff. BGB.). Ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ist nicht rechtswidrig, wenn er sich in den Grenzen des § 677 BGB. hält. Eine Handlung, die das Recht billigt, kann nicht verboten sein. Das gilt nicht nur für's Privatrecht, sondern auch für's Strafrecht. Die Tatsachen, die das Landgericht aufgestellt hat, entsprechen den Voraussetzungen des § 677. In seinen Ausführungen liegt, daß der Angeklagte die Erziehungspflicht der Eltern hat erfüllen wollen: Im Umfange und in Ergänzung des Elternrechts habe er gehandelt, als er ihren Jungen gezüchtigt habe. Der Vater war nicht anwesend, konnte also nicht einschreiten. Dieses Handeln für die Eltern darf nicht mit ihrem wirklichen oder mutmaßlichen Willen im Widerspruch stehen und muß so geschehen, wie ihr Interesse mit Rücksicht auf ihren wirklichen oder mutmaßlichen Willen fordert. (§ 678 BGB.) ... Ein entgegenstehender Wille war nicht erkennbar, als der Angeklagte den Jungen züchtigte. Daher braucht nicht geprüft zu werden, ob nicht nach § 679 BGB. die Züchtigung trotzdem berechtigt gewesen wäre, weil es im öffentlichen Interesse gelegen hätte, daß eine Strafe sofort eintrete ... Nach diesen Grundsätzen ist das Landgericht unangreifbar".

[3]) a. a. O. 6. Kap. B. III. S. 297.

oder mutmaßlicher Wille derselben in dieser Richtung nicht besteht, sie vielmehr umgekehrt die Unarten ihrer Kinder billigen und ihre Züchtigung mißbilligen, so gelangen wir sonst nicht zur Lösung erheblicher Schwierigkeiten[1]). (Übernahme gegen den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn vergl. § 678 BGB.) Deshalb sagt Eckstein[2]) unter Hervorhebung dessen, daß vielfach nur eine sofortige Züchtigung eigentlichen Erziehungswert habe, „eine Geschäftsführungsmacht dürfte in allen Fällen anzuerkennen sein, sie ist selbst gegen den Willen des Geschäftsherrn zulässig, wie aus BGB. §§ 678, 679 hervorgeht..... Strafbar kann eine solche Handlung also unter keinen Umständen sein". Dieser Ansicht schließt sich auch eine beträchtliche Reihe von Entscheidungen an, so das O.-L.-G. Hamburg[3]), das O.-L.-G. Frankfurt[4]) und das O.-L.-G. Naumburg[5]) [6]). Im weiteren Sinn gehört auch Kohler[7]) hierher, der eine

[1]) Vergl. insbes. Kulemann a. a. O. S. 342, auch Leisering, Deutsche Juristenzeitung Bd. VIII S. 400 Sp. 2, dem diese Konstruktion (mit Recht) an sich schon künstlich erscheint. Es ist dies derselbe Grund, der auch gegen den Gesichtspunkt der vermuteten Einwilligung der Eltern zur Züchtigung ihrer Kinder spricht, vergl. unten S. 3 .

[2]) a. a. O. S. 284.

[3]) Entsch. vom 8. 12. 13 in Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht Bd. VIII (1914) S. 601 = Goltd. Arch. Bd. 63 S. 134 f.: Dieses (abgeleitete Z.-R. gegen fremde Kinder) sei anzuerkennen aus dem Gesichtspunkt „der Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei jedoch der § 679 BGB. insbesondere heranzuziehen ist. Denn wenn für die Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen vorgeschrieben ist, sie sei so zu besorgen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert, so würde diese allgemeine Vorschrift häufig der Sachlage nicht gerecht werden, da freilich nicht, wie im vorliegenden Falle, aber doch im allgemeinen nicht selten der Dritte mutmaßen mußte, der Vater sei mit der Unart des Kindes einverstanden, oder doch jedenfalls nicht gewillt, das Kind von einem Dritten züchtigen zu lassen. Ein solcher entgegenstehender Wille kommt aber nach § 679 nicht in Betracht, wenn eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, in Frage ist".

[4]) Entsch. vom 20. 11. 13 in Leipziger Zeitschr. für das deutsche Recht Bd. VIII (1914) S. 601: „Sogar wenn im einzelnen Fall feststehen würde, daß der Gewalthaber seine Zustimmung versagt, müßte man trotzdem dritten Personen ein Züchtigungsrecht zubilligen, unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 679 BGB., da die Erfüllung der Züchtigungspflicht wie gesagt im öffentlichen Interesse liegt."

[5]) Entsch. vom 24. 4. 09 in Warneyer's Jahrb. 1909 S. 69 f.: „Eine Übertragung des Züchtigungsrechts kann ausdrücklich erfolgen; sie kann aber auch stillschweigend vorausgesetzt werden, nämlich dann, wenn der Züchtigende annehmen darf, im Sinne des Erziehungsberechtigten zu handeln, mit andern Worten, es läßt sich auch bei Beurteilung des Züchtigungsrechts an fremden Kindern der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag verwerten. Insoweit läßt sich auch § 679 BGB. analog verwerten, insbesondere dahin, daß ein entgegenstehender Wille des Erziehungsberechtigten nicht in Betracht

Erziehungshilfe bei fehlender Aufsicht auch für den Fall für berechtigt erklärt, „daß der Erziehungsberechtigte für die Ungezogenheiten seines Zöglings keine Empfindung hätte, oder gar einem schamlosen Jungen noch Beihilfe leistete". Wenn mit dieser Annahme auch die genannte Schwierigkeit (der Fall des schlechten Vaters) überwunden zu sein scheint, so bestehen doch Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 679, vorab ist den Ausführungen Eckstein's zu entgegnen, daß § 678 BGB. eine Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers statuiert, falls die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des dominus in Widerspruch stand und der Geschäftsführer dies erkennen mußte, dies zeigt doch, daß die Handlung solchenfalls nicht gebilligt wird; § 678 BGB. kann deshalb nicht für Rechtswidrigkeitsausschluß verwertet werden. Es handelt sich auch nur um § 679. Was aber die Heranziehung dieses § 679 BGB. betrifft, so ist allerdings ein öffentliches Interesse an der Erziehung der heranwachsenden Generation nicht zu verkennen[1]), es läßt sich jedoch bezweifeln, ob die Pflicht der Eltern, die Kinder zu erziehen[2]) und nötigenfalls zu züchtigen, diesem gerade im öffentlichen Interesse und nicht vielmehr in erster Linie im Interesse des Kindes auferlegt ist[3]).

kommt. Es ist daher in derartigen Fällen zu untersuchen, ob die vorhergehende Handlungsweise des Kindes eine sofortige Bestrafung erforderte, ob weiter gerade für den Züchtigenden ein Grund zum Einschreiten vorlag, und ob endlich die Züchtigung der Unart und dem Züchtigungszwecke angemessen war. Die Entscheidung steht je nach Gestaltung des Falles im Ermessen des Richters; allgemein läßt sich sagen, daß ganz leichte Ungezogenheiten vielfach eine sofortige Bestrafung erübrigen, sowie daß dem unmittelbar durch die Unart Betroffenen oder seinen Angehörigen, ebenso wie denen des Kindes, im Interesse der Erziehung am ehesten das Züchtigungsrecht zugesprochen werden kann, daß aber in besonders schweren Fällen auch jedermann im Interesse der Allgemeinheit zu züchtigen befugt ist".

[1]) Vergl. auch noch O.-L.-G. Braunschweig unten S. 37 Anm. 6., ferner O.-L.-G. Kolmar, Entsch. vom 25. 1. 16 in „Deut. Strafr. Zeitung" 1917 S. 97 f.: „Aber auch ein Dritter kann in nützlicher Geschäftsführung für den Vater die Züchtigung vornehmen, wenn anzunehmen ist, daß der Vater zustimmen würde, oder doch pflichtgemäß zustimmen müßte. Eine etwaige pflichtwidrige Verweigerung der Zustimmung käme nach § 679 B.G.B. wegen des entgegenstehenden öffentlichen Interesses nicht in Betracht."

[2]) a. a. O. S. 419 f.

[1]) Vergl. oben S. 13 f.

[2]) Daß dies eine Pflicht, nicht nur ein Recht der Eltern sei, ist allgemein anerkannt, vergl. R.-G. Bd. 33 S. 33: „Soweit dies Recht ..... zugleich eine den Eltern obliegende Pflicht ist".

[3]) Vergl. oben S. 17 Anm. 2 und auch das O.-L.-G. Posen Entsch. vom 30. 4. 10. in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 164: „Rechtsirrig ist jedenfalls die Erwägung des Berufungs-

Außerdem ist § 679 eine zivilrechtliche Sondervorschrift, die nicht, vollends nicht aufs Strafrecht[1]) und vollends nicht bezüglich der Erfüllung der Erziehungspflicht des Vaters[2]) ausdehnungsfähig sein dürfte[3]). Dazu kommt, daß der Vater seiner Erziehungspflicht jedenfalls oftmals auch durch spätere Anwendung von Zuchtmitteln genügen könnte, so daß einer Berufung auf § 679: „Es würde die Pflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden", nicht durchschlüge[4]); die Straflosigkeit kann aber nicht davon abhängen, ob eine spätere Bestrafung durch den Erziehungsberechtigten noch rechtzeitig wäre.

Andere gehen ebenfalls von Geschäftsführung ohne Auftrag aus und nehmen als dominus nicht die Eltern, sondern

2. die Gesellschaft, den Staat und die Allgemeinheit an, so insbesondere Binding[5]) und im Anschluß an ihn Schäffer[6]). —

gerichts, daß die im elterlichen Erziehungsrecht begründete Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder in gewissen Fällen zu züchtigen, eine Pflicht ist, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, vielmehr ist davon auszugehen, daß das in den §§ 1631, 1634 BGB. den Eltern gewährte Recht und die damit verbundene Verpflichtung, ihre Kinder zu erziehen und kraft ihres Erziehungsrechtes angemessene Zuchtmittel gegen sie anzuwenden, ihnen lediglich im Interesse und zum Nutzen der Kinder gegeben, daß dagegen eine Verpflichtung der Eltern zur Züchtigung der Allgemeinheit gegenüber also im öffentlichen Interesse, nicht besteht"; — das O.-L.-G. Posen hat in dieser Entscheidung ein Züchtigungsrecht aus dem angegebenen Grunde überhaupt abgelehnt, was u. E. aber hieraus nicht mit Notwendigkeit hervorgeht; in einer späteren Entscheidung hat auch das O.-L.-G. Posen die Züchtigung eines ungezogenen Kindes, das auf frischer Tat bei Verstopfung eines Ausflußrohres betroffen wurde, für nicht strafbar erklärt, weil sie zu Erziehungszwecken erfolgte. (Entsch. vom 2. 4. 14 in Warneyer's Jahrb. des Strafr. und Strafpr. 1914 S. 71.)

[1]) Staudinger Kommentar zu BGB. 7./8. Aufl. Anm. 5 zu § 679 (bedenklich sei eine derartige Übertragung zivilrechtlicher Sondervorschriften auf das Strafrecht; vergl. denselben I, 5 Abs. 3 zu § 1631). S. auch die oben S. 7 Anm. 8 erwähnte Entsch. des O.-L.-G. Rostock vom 9. 7. 15, a. a. O. S. 123.

[2]) Für diesen Fall trifft § 1666 BGB. Vorsorge, vergl. Gilbert a. a. O. S. 40, der deshalb die Anwendung des § 679 ablehnt, ebenso Fränkel a. a. O. S. 20.

[3]) So auch Janisseck a. a. O. S. 32: „§ 679 ist nur ein Ausbau, eine Erweiterung des § 677 BGB.".

[4]) Zitelmann a. a. O. S. 115 und Ahrens a. a. O. S. 32 Anm. 2 a. E.; auch Janisseck a. a. O. S. 32, Brinkmann a. a. o. S. 37 f.

[5]) a. a. O. I S. 200 f.: „Das Recht zur Disziplinierung geht aber weit über den Umfang seiner Anerkennung in den geschriebenen Quellen hinaus. So wird man nicht leugnen können, daß einer zuchtlosen Jugend gegenüber, die Ungebühr treibt, jeder als negotorium gestor der Gesellschaft in gewissem Umfang das Recht disziplinarischen Einschreitens besitzt"; ebenso Schäffer a. a. O. S. 43 a. E.

[6]) a. a. O. S. 43: „Denn ..... die Allgemeinheit hat ein Recht auf Erfüllung der Erziehungspflicht in dringenden Fällen, damit unser Gemeinwesen nicht geschädigt wird

Binding schwankt übrigens zwischen Anwendung dieses Gesichtspunkts, dem der negotiorum gestio für den „normalen" Vater[1]) und dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses[2]). Auf diesem Standpunkt steht weiter auch die schon (sub 1) angeführte Entscheidung des O.-L.-G. Jena[3]) und ihr hat sich Buchmann[4]) und Rotering (Geschäftsführung für den Staat)[5]) angeschlossen. Auch die Bejahung des § 679 BGB. weist im Grunde in dieser Richtung, da auch sie die „Erfüllung im öffentlichen Interesse" betont, nur ist die Einkleidung dort die einer negotiorum gestio für den Vater. Es gilt daher das oben sub 1 dagegen Angeführte[6]) entsprechend auch hier (maßgebendes Interesse ist das des Kindes). Weiter ist noch zu bemerken, daß die Geschäftsführung nach bürgerlichem Recht mit Abstellung auf den Willen nur einzelne, faßbare, bestimmte Personen, nicht die unfaßbare unbestimmte Allgemeinheit, die Gesellschaft als domini kennt.

Um eine Züchtigung auch gegen den Willen eines schlechten Vaters, der seiner Erziehungspflicht bei Unarten seines Kindes nicht genügt, und dem Eingreifen Dritter widerspricht, zu ermöglichen, wurde der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag weiter auch in der Art herbeigezogen, daß die Geschäftsführung

3. für den „normalen" Vater erfolgen sollte[7]), so von Binding, wenn er sagt[8]): „Endlich zeigt die tägliche Beobachtung, wie

durch die Unflätigkeit der ungezogenen Jugend. Ein etwa entgegenstehender Wille würde dabei analog § 679 BGB. nicht in Betracht kommen".

[1]) S. unten sub 3.

[2]) S. unten S. 40.

[3]) Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 499: „Zucht und Ordnung im heranwachsenden Geschlecht zu schaffen, wird immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen und immer mehr gebilligt, ja sogar gefordert, daß auch der einzelne sein Teil dazu beiträgt. Wo der einzelne sieht, daß Vernachlässigung eintritt und andere Mittel nicht zur Hand sind, muß er auch selbst eingreifen". Auch weiterhin, indem das Züchtigungsrecht Dritter gegen fremde Kinder als ein solches öffentlichrechtlicher Art bezeichnet wird.

[4]) Das Recht Bd. 17 S. 61.

[5]) Übrigens will er dieselbe a. a. O. S. 63 auf „Abwehr" von Ungezogenheiten beschränken (nur bei vernünftiger Besorgnis der Fortdauer oder sofortigen Wiederholung) — womit die Frage verkannt ist, s. oben S. 9 — und bringt sie in Verbindung mit dem Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses, der „Güterabwägung" (a. a. O. S. 65). Überhaupt aber kommt sie für ihn nur subsidiär, mangels wirklicher oder vermuteter Einwilligung des Inhabers der Zuchtgewalt in Betracht, a. a. O. S. 62 f.

[6]) S. gegen diese Ansicht auch Hahne a. a. O. S. 69 f.

[7]) De lege ferenda redet Kulemann vom „idealen Vater" a. a. O. S. 342, s. unten S. 57.

[8]) a. a. O. I. S. 800.

eine negotiorum gestio, aber nicht für den wirklichen, vielleicht höchst verderbten, sondern für den normalen Vater, durch Rüge und nötigenfalls durch Züchtigung gegen eine außerhalb des Hauses zuchtlos auftretende Jugend nicht nur geübt wird, sondern in bestimmtem Umfang geübt werden muß"[1]). Auch das O.-L.-G. Jena weist in der genannten Entscheidung[2]) auf den „verständigen Vater" hin. Diese Auffassung führt durch das objektive Moment[3]) schon hinüber zum Prinzip des wahren Wohls, verläßt jedoch die gesetzliche Basis der Geschäftsführung ohne Auftrag, welche Geschäftsführung im Sinne eines realen bestimmten dominus[4]), nicht einer Normal- oder Idealfigur im Auge hat, was wohl auch mit der Grund ist, weshalb die Ansicht Binding's, übrigens sowohl betreffend die Geschäftsführung ohne Auftrag für die Allgemeinheit, wie die für den normalen Vater so vielfach abgelehnt wurde[5]).

Gegen die Heranziehung des Gesichtspunktes der Geschäftsführung ohne Auftrag ist generell noch einiges einzuwenden. Einmal, daß, wie schon zum Teil berührt, wenn überhaupt negotia geriert würden, solche des Kindes geriert würden. Der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Kindes ist aber sicher nicht auf Prügel gerichtet, wenn es auf seinen, als einen nicht (voll) geschäftsfähigen Willen überhaupt ankommt; wenn nicht, ist Geschäftsführung entweder überhaupt ausgeschlossen[6]) oder man stellt

[1]) Vergl. a. a. O. I. S. 800 Anm. 37: „wonach es sonst vielfach an einer Züchtigungsinstanz fehlen werde".

[2]) In Goltd. Arch. Bd. 60 S. 499: „Ein Vater hat für die Erziehung seines Jungen zu sorgen, er muß unter Umständen aufkommen, wenn der Junge durch strafbare Handlungen Schaden stiftet. Deshalb muß dem verständigen Vater daran liegen, daß, wenn er selbst einem Unfug nicht wehren kann, andere ihn vertreten und dafür sorgen, daß seine Lasten nicht vergrößert, sondern der Unfug, der sie hervorruft, möglichst verhütet wird".

[3]) Worauf der Ausdruck „normal" hinweist.

[4]) Auf dessen subjektiven, wirklichen oder mutmaßlichen Willen mindestens mit abgestellt ist, vergl. Oertmann, BGB. Recht der Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. (1910) zu § 677 1 b.

[5]) Vergl. gegen Binding's Ansicht Hubrich a. a. O. S. 222, der die Ansicht Binding's höchstens de lege ferenda für richtig hält; Finger a. a. O. II S. 115; Touaillon a. a. O. S. 623; Janisseck a. a. O. S. 32; Kaufmann a. a. O. S. 100; Brinkmann a. a. O. S. 36; von Bar a. a. O. S. 96 Anm. 152, der meint, die nach Binding (s. oben Anm. 1) fehlende Züchtigungsinstanz sei tatsächlich vorhanden, soweit die ungezogene Jugend die Volksschule besucht; Diefenbach a. a. O. S. 113; auch das bayerische ob. Landesgericht in Entsch. vom 1. 3. 11 in Bayer. Entsch. Bd. 11 S. 10: „Der Anschauung Binding's kann der Senat vom Standpunkt der dermalen geltenden Rechtsnormen nicht beitreten."

[6]) Über die Frage, ob Geschäftsführung für Nichtgeschäftsfähige möglich ist, vergl. Oertmann a. a. O. 2 zu § 682.

auf den Willen des gesetzlichen Vertreters ab[1]), wobei wieder die Schwierigkeiten des „schlechten" Vaters sich erheben[2]). Sodann daß, wenn auch die gesamte Rechtsordnung bei Annahme eines Unrechtsausschlußgrundes in Betracht zu ziehen ist, doch insofern Vorsicht walten muß, als Rechtssätze, die rein obligatorische Verhältnisse regeln, nicht ohne weiteres auf strafrechtliches Gebiet verpflanzt werden dürfen[3]), auch wenn der darin enthaltende Grundgedanke der erlaubten Menschenhilfe an sich einen strafrechtlich verwertbaren Kern bildet. Es handelt sich bei der Geschäftsführung nach BGB. um Verpflichtungs-, Haftungs- und Anspruchsverhältnisse zwischen dem gestor einerseits und dem dominus andererseits, bei der Bestrafung um die Frage der äußeren Legitimation, des Vertretungsrechts (oder ähnlich); mit anderen Worten: die Geschäftsführung ohne Auftrag betrifft das Innenverhältnis (parallel zum Auftrag) und nicht das Außenverhältnis (parallel zur Vollmacht), das hier Problem ist[4]). Endlich will[5]) der Züchtigende regelmäßig nicht für irgendwelchen anderen (Kind, Vater, Staat, Gesellschaft usw.) Geschäfte führen, sondern in eigener Sache handeln[6]).

Ein zweiter Gesichtspunkt, der für unsern Fall als Unrechtsausschlußgrund häufig geltend gemacht wird, ist der der

B. Einwilligung.

Die Figur der Einwilligung des Verletzten, wenn wir zunächst hieran denken, ist als Unrechtsausschlußgrund an sich schon sehr streitig[7]), da

[1]) So Oertmann a. a. O.

[2]) Nur daß dieser hier nicht als gegenüber dem Kind Erziehungsberechtigter, sondern als gesetzlicher Vertreter des Kindes in Frage kommt.

[3]) Vergl. auch Staudinger a. a. O.; Hahne a. a. O. S. 68; bedenklich auch Planck, Kommentar zum BGB. (3. Aufl. 1907) zu § 679.

[4]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 42 Anm. 61; auch Eckstein scheint sich dieses Unterschiedes zwischen Innen- und Außenverhältnis bewußt zu sein, indem er zwischen Geschäftsführungsmacht und Geschäftsführungsrecht unterscheidet (a. a. O. S. 284) und bemerkt: „Die strafrechtliche (Seite) ist davon abhängig, ob eine Macht, fremdes Erziehungsrecht auszuüben, vorliegt"

[5]) Hahne a. a. O. S. 67.

[6]) Vergl. BGB. § 678 Abs. 1

[7]) Vergl. Dohna a. a. O. S. 141 ff. Das Reichsgericht lehnt im allgemeinen betreffs Körperverletzung diesen Gesichtspunkt als Unrechtsausschlußgrund ab, R.-G. Bd. 2 S. 443, Bd. 6 S. 63, erkennt ihn jedoch beim ärztlichen Eingriff an, R.-G. Bd. 38 S. 35 und neuestens betreffs Körperverletzung O.-L.-G. Celle Goltd. Arch. Bd. 63 S. 142 ff. und dort Zitierte.

das Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte gibt. Am ehesten kommt die Einwilligung bei Verletzung des Einzelnen, rein als Einzelnen, genauer eines rein derivativen Interesses, dem der Staat allein des Einzelnen wegen strafrechtlichen Schutz verleiht, in Betracht[1]). Speziell in unserem Fall stehen der Anwendung dieses Gesichtspunktes noch weitere Bedenken entgegen; wenn wir uns nämlich fragen, wer der durch die Züchtigung Verletzte ist, so muß die Antwort lauten: In erster Linie das Kind. Somit wäre dessen Einwilligung zu fordern. Die Eltern sind erst in zweiter Linie durch den Eingriff in ihr Erziehungsrecht (Interesse am Erziehungsmonopol) verletzt.

1. Die Einwilligung (oder mutmaßliche Einwilligung) des Kindes als Verletzten kommt aber, abgesehen davon, daß sie in derartigen Fällen tatsächlich nie vorliegen würde, schon deshalb rechtlich nicht in Betracht, weil der Wille des Kindes rechtlich kein Vollwille ist, vollends in Erziehungsfragen insoweit ausgeschaltet ist, als das Kind seiner Jugend wegen sein wahres Interesse nicht einzusehen vermag[2]).

Es herrscht darüber in Literatur und Praxis[3]) eine angenehm berührende Einigkeit, daß das dem Vater als Erziehungsberechtigten zustehende Züchtigungsrecht zweifellos von diesem auf andere (z. B. Privatlehrer, Erzieher und dergl.) zur Ausübung übertragen werden darf, und dieser Gesichtspunkt der Übertragung schwebt meist vor[4]), wenn von der

2. Einwilligung des Vaters bzw. sonstigen gesetzlichen Vertreters ausgegangen wird, wie dies in den Entscheidungen des O.-L.-G. Dresden[5]) und des O.-L.-G. Rostock[6]) der Fall ist. Es wäre

[1]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 41 Anm. 58.

[2]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 43 Anm. 61 und oben S. 16.

[3]) So R.-G. Bd. 33 S. 33; R. M.-Ger. Bd. 18 S. 219; M. E. Meyer a. a. O. S. 297 Anm. 5, vergl. auch Staudinger a. a. O. I, 5 d, Abs. 3 zu § 1631 und Rechtssprechung Bd. IV S. 38 f.; Gilbert a. a. O. S. 35 f.

[4]) Dies zeigt schon der vielfach gebrauchte Ausdruck „abgeleitetes" Züchtigungsrecht.

[5]) Entsch. vom 13. 6. 01 in Annalen Bd. 22 S. 411: „Der Angeklagte hat zwar den Knaben des Privatklägers vorsätzlich körperlich mißhandelt, es stand ihm aber ein abgeleitetes Züchtigungsrecht zu, dessen Voraussetzungen, ... daß er im Sinne der Eltern des gezüchtigten Knaben handle, hat nicht nur der Angeklagte als vorliegend angesehen, sondern sie haben auch in Wirklichkeit vorgelegen".

[6]) Entsch. vom 2. 11. 89 in Goltd. Arch. Bd. 37 S. 369, die von wirklicher stillschweigend vorgängig erfolgter Einwilligung ausgeht, und zwar mit Recht: „Weil schon die Erwägung durchschlägt, daß, falls der Privatkläger sich noch in einem der Erziehung bedürftigen Alter befand, dem Gutsherrn bezw. dem mit der Beaufsichtigung der Arbeit betrauten Inspektor nach der stillschweigenden Intention des Inhabers der väterlichen

solche Übertragung aber von Einwilligung des Verletzten streng zu scheiden[1]) und führte letzten Endes auf das Prinzip des wahren Wohls (s. o.), indem dieses den Grund der Übertragung des Züchtigungsrechts bildete (übrigens könnte von hier aus dann vielleicht auch eine Übertragung des Züchtigungsrechts der Lehrer des Kindes durch deren Einwilligung in Betracht kommen, wenigstens, wenn man den Lehrern nicht nur in der Schule, sondern auch außerhalb derselben ein Züchtigungsrecht zuerkennt[2]). Die Einwilligung des Vaters oder gesetzlichen Vertreters kann aber auch noch anders aufgefaßt werden als Einwilligung an Stelle des Verletzten, für den Verletzten, nämlich das Kind, ohne den Gedanken der Übertragung des elterlichen Züchtigungsrechts. Letzteres wäre freilich schon deshalb bedenklich, weil die Frage der möglichen Vertretung bei solcher fürs Strafrecht bedeutsamen Einwilligung äußerst controvers ist[3]). Bezüglich beider Auffassungen solcher Einwilligung aber ist zu sagen, daß — abgesehen von besonderen Fällen wie unten Anm. 2 — in den hier fraglichen Fällen eine Einwilligung der Eltern tatsächlich nicht vorhanden ist. Sucht man diese Schwierigkeit durch andere vorsichtigere Fassung zu umgehen, so spricht die Möglichkeit, daß ein seiner Erziehungspflicht nicht genügender Vater einer Züchtigung seines ungeratenen Sprößlings von vornherein direkt widerspricht, obgleich eine solche nur am Platze wäre, auch gegen die Verwertung einer bloß

3. „vermuteten (mutmaßlichen) Einwilligung" des Vaters bzw. sonstigen gesetzlichen Vertreters des Betroffenen[4]) in der einen oder andern Richtung, als Einwilligung an Stelle des Verletzten, oder wie meist in Literatur und Judikatur als Übertragung des Züchtigungsrechts verstanden. Auf diesem

---

Erziehungsgewalt die Ausübung der väterlichen Zucht in allen Fällen als mitübertragen zu gelten hat, in welchen das Interesse des Privatklägers solche pflichtgemäß als geboten erscheinen ließ".

[1]) Vergl. auch Gerland in Vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts, allg. Teil Bd. II S. 505 Anm. 7.

[2]) Dies ist übrigens nicht unbedenklich, s. dagegen Gilbert a. a. O. S. 37 f. Das Züchtigungsrecht des Lehrers sei der Ausübung nach nicht auf Dritte übertragbar, weil Ausfluß seines Amts.

[3]) Vergl. Gerland a. a. O. S. 504 ff.

[4]) Vergl. auch Binding a. a. O. I. S. 800: „Nicht die vermutete Zustimmung der Eltern, denn es kann feststehen, daß diese nicht zustimmen würden"; derselbe a. a. O. II S. 201: „Ganz verfehlt ist, dieses Züchtigungsrecht auf die vermutete Einwilligung der Eltern zu stützen, diese sind ja oft viel schlechter als ihre Kinder".

Standpunkt stehen Meyer-Allfeld[1]), von Liszt[2]), Schwarze[3]), Finger[4]), Hubrich[5]), Schäffer[6]), Freudenstein[7]) und Rotering[8]), außerdem aber

[1]) a. a. O. S. 198: „Kein Züchtigungsrecht hat nach dem geltenden Recht ..... der Erwachsene als solcher gegenüber dem Kinde, wobei aber die vermutete Einwilligung der Eltern in Betracht kommt".

[2]) a. a. O. S. 157 f.: „Zu beachten ist, daß die Ausübung dieses (Zucht)-rechts dauernd oder vorübergehend von dem Berechtigten dritten Personen (von den Eltern dem Erzieher) übertragen, daß ferner in manchen Fällen (Züchtigung eines mutwilligen Knaben durch belästigte Vorübergehende) die Zustimmung des Berechtigten vorausgesetzt werden kann".

[3]) a. a. O. I. S. 613: „Die neueste Praxis hat in derartigen Fällen ein abgeleitetes Züchtigungsrecht statuiert, da der Täter im vermuteten Einverständnis des Vaters usw. gehandelt habe". Ebenso a. a. O. II. S. 627.

[4]) a. a. O. I. S. 64: „Wir finden, daß auch die in vermuteter Zustimmung des Züchtigungsberechtigten geübte Zucht ..... dann straflos ist, wenn besondere Gründe zur Annahme einer solchen Zustimmung vorliegen".

[5]) a. a. O. S. 222: „Weil das Züchtigungsrecht indessen seiner Ausübung nach übertragen werden darf, ist weiterhin der Schluß statthaft, daß ein Dritter, ohne sich strafbar zu machen, auch dann zur Züchtigung eines fremden Kindes schreiten darf, wenn er Grund hat, das Einverständnis der Eltern mit seiner Handlungsweise zu vermuten. Es müssen dabei aber besondere Umstände vorliegen, welche in dem Dritten die Vermutung begründen können, daß die erziehungsberechtigten Eltern für den gerade in Frage stehenden Einzelfall ihm ihr Züchtigungsrecht der Ausübung nach übertragen würden, wenn sie um die Sachlage wüßten", —: „Ein Handeln gleichsam auf Grund einer vermuteten Vollmacht für die erziehungsberechtigten Eltern" und Ableitung einer Züchtigungsbefugnis aus dem Züchtigungsrecht. Ähnlich auch Brinkman, a. a. O. S. 36: „Es kann sich in allen diesen besonderen Fällen auch nur um ein Z. R. handeln, das seine Stütze in einer Ableitung seitens des geborenen Trägers des Z. R. findet, mag das Einverständnis desselben vom Dritten auch nur vermutet werden."

[6]) a. a. O. S. 43: „So kann ein Dritter, der z. B. von einem Kinde auf der Straße belästigt wird und es dafür züchtigt, bei der Ausübung des Züchtigungsrechts ein Einverständnis des Züchtigungsberechtigten ‚z. B. des Vaters, voraussetzen". Um aber auch Züchtigung gegen den Willen des Züchtigungsberechtigten zulassen zu können, zieht Schäffer außerdem noch § 679 BGB. heran (vergl. oben S. 30 Anm. 6).

[7]) In Blätter für populäre Rechtswissenschaft I. Bd. Lieferung 6 (Minden 1882) S. 14: „Es gibt auch ein stillschweigendes Züchtigungsrecht. Allein ein solches hat ein unbeteiligter Dritter gegen die fremden Kinder nur dann, wenn er in gutem Glauben voraussetzen darf, daß die Eltern die durch ihn erfolgte Bestrafung des Kindes billigen werden, daß sie dasselbe also selbst würden bestraft haben, wenn sie zugegen gewesen wären. Ein derartiger guter Glaube erfordert aber Gründe, vermöge deren sich jemand zu der fraglichen Maßregel für berechtigt erachten darf, z. B. er ist ein älterer Verwandter, ein intimer Hausfreund".

[8]) Der wenigstens — a. a. O. S. 62 f. — in erster Linie (s. oben S. 31 Anm. 5) auf die „vermutete oder vorhandene Einwilligung des Inhabers der Zuchtgewalt" abstellt; s. auch Diefenbach a. a. O. S. 114, der sich auf den Standpunkt des auf S. 37 Anm. 5 zitierten Urteils des O.-L.-G. Dresden stellt.

eine große Zahl von Urteilen, so das O.-L.-G. Kiel[1]) und das O.-L.-G. Dresden[2]) [3]) [4]) [5]). Die Begründung eines Urteils des O.-L.-G. Braunschweig[6]) läßt es im Zweifel, ob diese Entscheidung hierher oder sub A. 1. zu stellen ist. Hierin wird der Gesichtspunkt der Einwilligung[7]) mit dem der Geschäftsführung ohne Auftrag[8]) kombiniert, mit ersterem also im Gegensatz zu letzterem von Übertragung des Züchtigungsrechts durch

[1]) Entsch. vom 5. 12. 96 in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 275: „Zur Verurteilung würde mithin noch eine weitere tatsächliche Feststellung erforderlich sein; daß der Angeklagte nicht in der sich durch die Umstände begründenden Annahme gehandelt habe, der Vater des Gezüchtigten werde mit der in flagranti vorgenommenen Ahndung der verübten Straftat einverstanden sein".

[2]) Entsch. vom 12. 4. 82 in Annalen Bd. 5 S. 27 ff.: unter Zurückweisung an die Revisionsinstanz zur Entscheidung der Frage, ob der Angeklagten „ein sogenanntes abgeleitetes Züchtigungsrecht zugestanden habe" und der damit verbundenen weiteren Frage, „ob seiten der Angeklagten unter den gegebenen Verhältnissen präsumiert werden konnte, bei der von ihr selbst ausgeführten Züchtigung im Sinne der Eltern zu handeln".

[3]) Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6 S. 407: „Selbst außerhalb des Rahmens der durch ausdrückliche Gesetzbestimmungen gedeckten Fälle zulässiger Züchtigung hat die Praxis gegenüber dem Kind eines Dritten ein sogenanntes abgeleitetes Züchtigungsrecht statuiert und, wo dieses zugelassen wurde, die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung zugunsten desjenigen Erwachsenen, von dem die Züchtigung ausging, verneint, jedoch unter der dreifachen Voraussetzung, daß .... (erstens sofortige Züchtigung geboten, zweitens Notfall vorlag) und endlich, daß seitens des Züchtigenden unter den gegebenen Verhältnissen präsumiert werden konnte, daß er im Sinne der Eltern des Kindes handle".

[4]) Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 204: „Nimmt nun .... in der Annahme, daß er damit nur dem Willen der Eltern entspreche, ein Dritter die Züchtigung eines ungezogenen fremden Kindes vor, so handelt er solchenfalls nur im Einverständnisse des an sich Berechtigten und sonach mit dessen Zustimmung in Ausübung einer an sich diesem zustehenden Befugnis. Wer aber ein seiner Natur nach in der Ausübung übertragbares Recht mit Zustimmung des Berechtigten für diesen ausübt, handelt nicht widerrechtlich und deshalb auch gegebenenfalls nicht strafbar".

[5]) Entsch. vom 19. 4. 06 in sächs. Arch. f. Rechtspflege Bd. 1 S. 547: „Abgesehen von den hier nicht weiter in Frage kommenden sonstigen Voraussetzungen für die Straflosigkeit dessen, der ein fremdes Kind züchtigt, ist zu erfordern, daß der Züchtigende nach den gegebenen Verhältnissen annehmen durfte, er handle im Sinne der Eltern des Kindes".

[6]) Entsch. vom 24. 11. 03 in Reger's Entsch. Bd. 26 S. 291.

[7]) a. a. O. S. 291: „So kann in geeigneten Fällen derjenige, gegen welchen oder gegen dessen Angehörige Ungezogenheiten begangen werden, in Stellvertretung des Vaters zu der diesem obliegenden Züchtigung schreiten".

[8]) a. a. O. S. 291: „Und ein dennoch entgegenstehender Wille desselben würde nicht in Betracht kommen, in analoger Weise, wie dies § 679 BGB. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ordnet".

den (zu vermutenden) Willen des Vaters ausgegangen. Jedenfalls ist die Begründung ziemlich unklar[1]), ebenso ist nicht sicher die Stellung von Gilbert[2]). Dieser Gesichtspunkt der „mutmaßlichen" Einwilligung ist dem der Geschäftsführung ohne Auftrag sehr ähnlich[3]), so daß wie (Seite 35) schon erwähnt, die oben[4]) gegen dieselbe angeführten Gründe auch hier zu gelten haben[5]). Außerdem wird aber die Unsicherheit, die schon bezüglich der Frage, ob die Einwilligung des Verletzten als Unrechtsausschlußgrund überhaupt anzuerkennen ist, bei derartiger Fassung (vermuteter, mutmaßlicher Einwilligung) noch gesteigert, denn wie soll dieses subjektive Moment die objektive Rechtswidrigkeit einer Handlung ausschließen können[6])? Wenn auch von manchen behauptet wird, daß bei der Frage der Unrechtsausschließung auch subjektive Momente eine Rolle spielen, so ist dies an sich schon äußerst strittig und vollends ist es abzulehnen, wenn diese subjektive Annahme nicht die eines aktuell Wirklichen ist, sondern eines Zukünftigen (nachträgliche Zustimmung) oder Möglichen (würde zugestimmt haben, wenn usw.) wie hier bei dieser vermuteten oder mutmaßlichen Zustimmung[7]). Entsprechendes gilt auch bezüglich der nur vermuteten (zu vermutenden) Einwilligung, wenn sie als Übertragung des Züchtigungsrechts aufgefaßt wird.

[1]) Vergl. auch die Kritik durch Ahrens a. a. O. S. 32 Anm. 2.

[2]) a. a. O. S. 38 f., der von Züchtigung „als Vertreter des Erziehungsberechtigten", „als dessen Stellvertreter ohne Auftrag" redet, andererseits von Analogie des § 677 BGB.

[3]) BGB. §§ 677, 678 sprechen ebenfalls von dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, doch ist der Gesichtspunkt der negotiorum gestio an sich zu scheiden von dem mutmaßlicher Einwilligung des Verletzten, bezw. an Stelle des Verletzten und von dem vermuteter (mutmaßlicher) Übertragung des Züchtigungsrechts. Insbesondere betrifft letztere das Außenverhältnis, vergl. Hubrich a. a. O. S. 222: „Gleichsam auf Grund einer vermuteten Vollmacht", und die S. 37 Anm. 7 zitierte Entscheidung: „in Stellvertretung"; Gilbert oben S. 38 Anm. 2 (Vertreter usw.).

[4]) S. oben S. 27 f. und S. 31 f vergl. auch Hahne a.a. O. S. 69 gegen eine allgemeine Vermutung des Einverständnisses und gegen die Annahme, daß der Züchtiger nur im Hinblick auf den Erziehungsberechtigten handelt.

[5]) Dies tritt besonders heraus bei Hubrich a. a. O. S. 223, der für Strafbarkeit der gegen ausgesprochenen Willen der Eltern vollzogenen Züchtigung sich erklärt, weil hier jeder Grund wegfalle, das Einverständnis derselben zu vermuten; ebenso Gilbert a. a. O. S. 39, s. auch Rotering a. a. O. S. 62 f., der dann subsidiär andere Gesichtspunkte beiziehen will, so oben S. 31 Anm. 4 und S. 33 Anm. 8.

[6]) Dagegen auch Hegler a. a. O. S. 36 Anm. 45 und S. 42 Anm. 61; Kaufmann a. a. O. S. 102, Janisseck a. a. O. S. 33; Ahrens a. a. O. S. 60 ff. und Zitelmann a. a. O. S. 102 f.

[7]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 42 Anm. 61, Anm. 58.

Auch die Zustimmung des Staates zu der Züchtigung eines fremden Kindes durch einen Dritten im Sinne einer Art von einmaliger

C. Strafdelegation

wurde schon als Unrechtsausschlußgrund herangezogen, allerdings für unsern Fall nur de lege ferenda[1]). Dieser Gesichtspunkt ist jedoch deshalb auch an dieser Stelle zu erwähnen, weil manche Autoren in der Züchtigung eines unartigen Kindes durch seinen Vater[2]) einen Ersatz der staatlichen Strafe sehen, die den Erwachsenen trifft, wenn er eine strafbare Handlung begangen hat, da ja auch jede Züchtigung notwendig ein Mißbehagen im Gezüchtigten erzeugt und diesem als Übel erscheint. So sagt Kaufmann[3]): „Somit steht den Eltern und Erziehern — ähnlich wie dem Staate — eine subjektive Strafgewalt zu. Der Züchtigende ist Richter und Vollstreckungsbeamter in einer Person; Ausnahmen von diesem Prinzip sind selten". Auch Hubrich[4]) äußert sich in diesem Sinne folgendermaßen: „Die Züchtigung kann einmal den Zweck verfolgen, den bereits vollendeten Bruch der in dem fraglichen Lebensverhältnis herrschenden Ordnung zu sühnen, zu ahnden, sie hat alsdann die Natur einer Strafe". Ebenso führt Kulemann[5]) aus: „Hat man aber in Würdigung dieser Umstände gewissermaßen zur Ergänzung und als Ersatz des öffentlichen Strafrechts ein privates Züchtigungsrecht anerkannt". Demgegenüber ist nochmals darauf hinzuweisen, daß bei Züchtigungen das Erziehungsinteresse des Kindes und nicht das Disziplininteresse der sonstigen Interessenten die Hauptsache ist. In diesem Sinne ist den Worten Finger's[6]) voll und ganz zuzustimmen, wenn er sagt: „Der Erzieher soll dem Zögling nicht vornehmlich als derjenige erscheinen, der ihm gegenüber seinen Willen durchzusetzen vermag, er soll dem Zöglinge gegenüber aus seinem Willen keine Machtfrage machen. Hier liegt der wesentliche Unterschied zwischen Wesen, Aufgabe und Zweck der Erziehungsgewalt und der Gewalt der Staats-Obrigkeit"[7]).

[1]) Vergl. unten S. 56 f.

[2]) Also im Fall eines im geschriebenen Recht anerkannten Züchtigungsrechts.

[3]) a. a. O. S. 17 und seine ganze Ausführung über das Wesen des Züchtigungsrechts a. a. O. S. 16—19 bewegt sich in dieser Richtung.

[4]) a. a. O. S. 164.

[5]) a. a. O. S. 340.

[6]) a. a. O. S. 85.

[7]) Gegen eine Auffassung des Züchtigungsrechts im Sinne einer Strafdelegation auch Hegler a. a. O. S. 42 Anm. 59.

Ein auf

D. Gewohnheitsrecht

ruhendes, über die „hier zu engen Grenzen der Notwehr" und der Voraussetzungen des durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung anerkannten Selbsthilferechtes hinausgehendes Recht des Betroffenen und des diesem Nahestehenden, u. U. Ungezogenheiten fremder Kinder durch angemessene Züchtigung abzuwehren, zu strafen und ihre Wiederholung für die Zukunft abzuwenden", „eine Art Selbsthilfe" nimmt Hahne[1]) an. Es mischen sich in dieser Vorstellung Gedanken der Notwehr (im weiteren Sinn auch zur Abwendung künftiger Angriffe) und einer Art Strafdelegation an dem Betroffenen bezw. ihm Nahestehenden. Bei dem überaus kontroversen Zustand der Materie ist zu bestreiten, daß sich ein derartiges Gewohnheitsrecht gebildet hat[2]), übrigens ist nach dem Gesagten dieses Gebilde wenig einheitlich und klar durchdacht.

Als vierter Gesichtspunkt wurde auch

E. das Prinzip des überwiegenden Interesses

genannt, das in unserem Fall die Rechtswidrigkeit ausschließen solle. So begründet Sauer[3]) eine Freisprechung mit den Worten: „Generalisiert man nämlich die Besonderheiten, die man in der Verhandlung feststellt, so kommt man zu dem Ergebnis, daß in derartigen Fällen das Interesse der körperlichen Unversehrtheit geringer ist als das Bestreben, derartige Jungenstreiche auf einfache Weise zu verhüten". Binding[4]) läßt „das Interesse eines jeden daran, daß unser Gemeinleben nicht geschädigt werde, durch die Unflätigkeit der ungezogenen Jugend" diese Zuchtübung rechtfertigen[5]). Dies Prinzip ist in so vielen positivrechtlichen Bestimmungen ausgedrückt, daß es von vielen überhaupt als das Prinzip der Unrechtsausschlußgründe angesehen wird. Bei der in unserem Fall gegebenen Interessenlage, bei der, wie gezeigt wurde, so viele Interessen dafür sprechen, daß die angemessene Züchtigung nicht sozialschädlich und deshalb auch nicht rechtswidrig ist, könnte man auch geneigt sein, diese Figur zur Anwendung zu bringen, insbesondere zugunsten der Betonung des von den beiden genannten Autoren hervorgehobenen Disziplininteresses der

[1]) a. a. O. S. 70 f.
[2]) So auch Fränkel a. a. O. S. 19.
[3]) a. a. O. S. 803.
[4]) a. a. O. I. S. 800.
[5]) Vergl. auch Rotering a. a. O. S. 65, s. oben S. 31 Anm. 5.

Allgemeinheit.[1]) Aber auch das Erziehungs- und Disziplininteresse der Eltern und das Erziehungsinteresse der Allgemeinheit[2]) kommen in dieser Richtung in Betracht. Ja selbst das Interesse des Kindes an sich selbst wurde in diesem Sinne erwähnt[3]). Jedoch gerade, wenn man das Interesse des Kindes an seiner eigenen Erziehung, das wie erwähnt, den Kernpunkt des Züchtigungsrechts überhaupt bildet, ins Auge faßt, so liegt der Fall, ähnlich wie beim ärztlichen Eingriff, deshalb eigenartig verschieden von den sonst wohl unter das Prinzip des überwiegenden Interesses gestellten Fällen, weil es sich bei den beiden kollidierenden Hauptinteressen (hier Erziehungs-, dort Integritätsinteresse des Kindes) um Interessen e i n u n d d e r s e l b e n P e r s o n handelt, während z. B. im Fall der Notwehr und des Notstandes die Interessen zweier verschiedener Interessenträger sich gegenüberstehen. Dadurch werden wir auf eine weitere Gruppe der Unrechtsausschlußgründe geführt, auf das

F. „P r i n z i p d e s w a h r e n W o h l s".

Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag für den normalen Vater weist im Grunde auf dieses Prinzip hin, nur in anderer Form ist damit gesagt, daß eine dem Kinde objektiv förderliche Züchtigung nicht widerrechtlich

---

[1]) O.-L.-G. Rostock, Entsch. vom 9. 7. 15. in „Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtsw." Bd. 34 (1916) S. 124: „Diese Erziehungsbefugnis ergibt sich unmittelbar aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten, sie kann als eine Befugnis öffentlich-rechtlicher Art bezeichnet werden. Ihre Grundlage findet sie also nicht in der vermuteten Zustimmung des Vaters, sondern sie dient zur Ergänzung des Erziehungsrechts des Erstberufenen und wird durch das Interesse eines jeden Bürgers, daß das Gemeinwesen, seine Angehörigen und seine Einrichtungen nicht durch die Untugenden einer schlechterzogenen Jugend geschädigt werden, gerechtfertigt. Sie steht dem zu, gegen den oder gegen dessen Interessen sich die jugendliche Unart gerichtet hat, sie steht aber auch jedem Mitgliede der bürgerlichen Gemeinschaft zu." Im Anschlusse hieran (unter starker Betonung des öffentl.-rechtl. Charakters der Erziehungsbefugnis der Allgemeinheit) eine Entsch. desselben Gerichts (a. a. O. S. 352) vom 17. 12. 15.; vergl. aber auch die oben S. 34 Anm. 6 erwähnte Entscheidung.

[2]) Siehe oben Anm. 1.

[3]) Von Bar a. a. O. S. 96 Anm. 152: „Ein Schlag, der einem Kinde zugefügt wird, kann deshalb erlaubt sein, weil er ..... das Kind s e l b s t oder andere Kinder vor Schaden zu bewahren geeignet ist, z. B. ein Kutscher gibt einem von mehreren Kindern, die sich selbst gefährdend vor einem Wagen den Fahrweg mutwillig laufend überschreiten, einen Peitschenhieb .... Aber auch einen anderweitigen Schaden wird man durch eine auf der Stelle vorgenommene Züchtigung abwenden können". Havenstein a. a. O. S. 256: „Das verletzte Gut darf in keinem Verhältnis stehen zu dem zu rettenden".

sein kann. Insbesondere aber hat Hegler[1]) hervorgehoben, daß Fälle, „in denen durch die Tat das eigene wohlverstandene .... Interesse des (scheinbar) Betroffenen gewahrt, deshalb nicht antisozial gehandelt" wird, unter diese Figur zu stellen sind und daß hiezu unser Fall gehört[2]). Auch sonst ist gelegentlich bei unserer Frage auf den Gesichtspunkt der Wahrung des eigenen Besten des Kindes hingewiesen worden[3]). Dies Prinzip des wahren Wohls bildet

1. eine eigene Klasse von Unrechtsausschlußgründen im Strafrecht für sich, weil es sich dabei um kollidierende Interessen ein und derselben Person handelt und so gehören die Fälle, die von Ahrens[4]) aus dem Gebiete der Sachbeschädigung, des Hausfriedensbruchs, der Verletzung des Briefgeheimnisses, der Beleidigung, der Freiheitsdelikte, des Diebstahls und der Unterschlagung, der Körperverletzung und der Jagddelikte angeführt werden, hierher. Der ärztliche Eingriff wurde bereits, als hierher gehörig, erwähnt, jedoch ist die Perforation unter eine andere Klasse von Unrechtsausschlußgründen zu stellen, nämlich zum Prinzip des überwiegenden Interesses, da bei ihr nicht eine Handlung, die das Interesse ein und derselben Person berührt, in Frage kommt, sondern durch sie in die an sich rechtlich geschützten Interessen des Embyro eingegriffen, das Leben der Schwangeren dagegen, als das höher zu bewertende Interesse gerettet wird. Dagegen könnte man daran denken, den vielgenannten Fall der Euthanasie[5]) und auch das von Binding[6]) erwähnte Beispiel, in dem ein Mann durch Freiheitsberaubung die dem Trunke ergebene Frau davon abhält, ihrem Laster zu fröhnen, unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen; jedoch muß man sich darüber

[1]) a. a. O. S. 42.

[2]) a. a. O. S. 44.

[3]) So von Kulemann a. a. O. S. 331: „Und bin ich wirklich dem Strafrichter verfallen, wenn ich in gerechter Aufwallung meines menschlichen Gefühls durch eine tüchtige Tracht Prügel ihr (der Buben) eigenes Beste gefördert habe?"; O.-L.-G. Dresden Entsch vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6 S. 407: „Auch dabei im wohlverstandenen Interesse des vom eigenen Vater verwahrlosten Kindes gehandelt .... habe". S. auch von Bar oben Anm. 1, in diesem Beispiel aber kein Erziehungsinteresse.

[4]) a. a. O. S. 7 f. und 30 ff.; vergl. Hegler a. a. O. S. 43 Anm.

[5]) Ob hier allerdings ein Notfall in dem unten S. 45 erläuterten Sinn vorliegt, ist nicht zweifelsfrei. Jedenfalls wäre ein gegenteiliger Wille des Patienten zu respektieren. De lege lata ergeben sich hier auch Bedenken bezüglich der Strafausschließung aus § 216 StGB.

[6]) a. a. O. I. S. 797 Anm. 23.

im Klaren sein, daß dann im umgekehrten Fall die Frau dieselbe Beurteilung beanspruchen darf.

2. Daß dies Prinzip gerade auch für das Züchtigungsrecht insbesondere das maßgebende ist, darauf hat neben Hegler[1]) auch Havenstein[2]) hingewiesen, wenn er auf die Frage, was die angemessenen Züchtigungen und die Heilhandlungen des Arztes dem StGB. entziehe, antwortet: „Ihr inneres Wesen, der Umstand, daß sie sich nicht gegen den Betroffenen richten, sondern zu seinem Nutzen, zu seinem Schutze, zu seinem Heile geschehen", und zwar liegt das Spezifische gegenüber anderen Fällen dieser Gruppe (s. oben S. 42) darin, daß es sich hier bei dem wahren Wohl gerade um das Erziehungsinteresse des Kindes handelt[3]). Allerdings ist das Erziehungsinteresse des Gezüchtigten nicht immer der alleinige Grund für Gewährung eines Züchtigungsrechts, sondern zuweilen auch ein Disziplininteresse: die Körperintegrität hat hinter der Wahrung einer straffen Disziplin zurückzustehen, so daß es sich also dabei um Entscheidung für das schwerer wiegende Interesse verschiedener Personen handelt und diese Fälle des Züchtigungsrechts unter das Prinzip des überwiegenden Interesses zu stellen sind. So verhält es sich wohl bei dem im römischen Recht anerkannten Züchtigungsrecht des Hausvaters seinem Kind und überhaupt der ganzen Familie gegenüber, das ja, wie wir gesehen haben, mehr auf einer egoistischen, als altruistischen Grundlage ruhte. Dasselbe gilt für das Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft. Richtig sagt Hubrich[4]) hiezu: „Das Gesinde tritt in die Hausgemeinschaft der Herrschaft und unterliegt deren Hausgewalt". Eben diese Hausgewalt ist aber im Laufe der Entwicklung bedeutend zusammengeschrumpft und hat die frühere Intensität, als die familia noch sozusagen ein Staat im Staate war, völlig abgestreift. Als Abschluß dieser Entwicklung bestimmt der Art. 95, Abs. 3 EBGB.: „Ein Züchtigungsrecht steht dem Dienstberechtigten dem Gesinde gegenüber nicht zu." Auch bei dem früher von einigen deutschen Partikularrechten gegebenen Züchtigungsrecht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau[5]) ist wohl dieser disziplinarische Gesichtspunkt der überwiegende gewesen. Auch die Frau gehört zur familia und, um die

[1]) a. a. O. S. 42 und Anm. 61.

[2]) a. a. O. S. 252.

[3]) Bei von Bar a. a. O. S. 96 Anm. 152 ist dieses Spezifische nicht mit genügender Klarheit (s. oben S. 41 Anm. 5) herausgestellt und von anderen Fällen geschieden.

[4]) a. a. O. S. 225.

[5]) Vergl. Dernburg Familienrecht 4. Aufl. 08. § 3 Anm. 2. Gemeinrechtlich war es strittig (s. daselbst).

Disziplin in dieser aufrecht zu erhalten, hatte auch ihr gegenüber der Mann ein Züchtigungsrecht, nicht um seine Frau zu erziehen. Heutzutage steht zwar nach BGB. § 1354 dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu, jedoch die rechtliche Regelung der Ehe durch das BGB. geht im übrigen von der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus und eine Erzwingung der durch den Mann getroffenen Entscheidung mittels körperlicher Gewaltmaßregeln ist deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt eines Züchtigungsrechts als nicht rechtswidrig zu betrachten[1]), wenn nicht etwa der Fall so liegt wie oben geschildert, wo das Prinzip des wahren Wohls eingreift. Am stärksten kommt die Aufrechterhaltung der Disziplin auch heute noch beim Züchtigungsrecht im Schiffsdienst (Seemannsordnung § 91) und in den Strafanstalten (nach Bestimmungen der einzelnen Partikularrechte) in Betracht, jedoch auch beim Züchtigungsrecht des Lehrers spielt sie eine Rolle und das Reichsgericht[2]) sagt richtig: „Das dem Lehrer zustehende Züchtigungsrecht dient nicht lediglich den Zwecken des Unterrichts und der eigentlichen Erziehung des Schülers, sondern ebensosehr der Aufrechterhaltung der Schulzucht". Aus dem oben[3]) Angeführten geht nun aber hervor, daß das Züchtigungsrecht, das lediglich zur Wahrung der Disziplin gegeben ist, bei höherer Entwicklung des menschlichen Zusammenlebens vielfach hat weichen müssen, so das Züchtigungsrecht gegenüber der Ehefrau und dem Gesinde. Beim Züchtigungsrecht der Eltern und auch anderer züchtigungsberechtigter Personen gegenüber den Kindern speziell hat das Erziehungsinteresse des Kindes jetzt fast ganz die Stelle des Disziplininteresses der Eltern[4]) und auch der Allgemeinheit verdrängt. Auch das Erziehungsinteresse der Eltern ist nur insoweit durch das denselben gewährte Züchtigungsrecht anerkannt, als es das wahre Wohl des Kindes fördert[5]) und das Interesse der Eltern daran, daß in ihre Erziehung ihrer Kinder nicht eingegriffen werde, ist ebenfalls nur deshalb zu berücksichtigen, weil bei den Eltern vorausgesetzt wird, daß sie mit der Individualität ihrer Kinder am besten vertraut sind und deshalb die größte Garantie bieten, daß i h r e Erziehungsmaßregeln wirklich dem Besten der Kinder dienen. Daraus

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O.

[2]) R.-G. Bd. 42, S. 144.

[3]) Vergl. das zur geschichtlichen Entwicklung des Züchtigungsrechts Bemerkte, oben S. 2 ff.

[4]) S. oben S. 2 f.

[5]) Vergl. hierzu das oben S. 17 Gesagte, insbes. die in Anm. 2 Zitierten.

ergibt sich als zentrales Interesse bei Gewährung eines Züchtigungsrechts durch die heutige Rechtsordnung gegenüber Kindern das Erziehungsinteresse des Jugendlichen an sich selbst und hiemit die Brauchbarkeit des Prinzips des wahren Wohls als Unrechtsausschlußgrund für Züchtigungen von Kindern durch erwachsene Fremde. Allerdings bedarf das Prinzip nicht nur für unsern Fall, sondern allgemein der

3. näheren Bestimmung.

a) Die Begrenzung seiner Anwendbarkeit.

Es würde z. B. oft dem wahren Wohl einer Person entsprechen, wenn sie ein Glas Bier nicht mehr trinken würde, besonders wenn sie schon des Guten genug getan hat, wir wollen deshalb aber niemand raten, einer beliebigen fremden Person in solchen Fällen das Bier einfach wegzunehmen. Das Prinzip des wahren Wohls kommt vielmehr nur da zur Anwendung, wo der Wille des von der Tat Betroffenen für die Wahrung des eigenen Interesses ausscheidet. Dies ist z. B. der Fall bei Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, sinnloser Trunkenheit, Abwesenheit und bei Entwicklung eines rechtlich reprobierten Willens (Rettung eines Selbstmörders und der von Binding erwähnte Fall der trunksüchtigen Frau, da infolge der Trunksucht die Pflicht zur „ehelichen Lebensgemeinschaft" nicht erfüllt wird), d. h. nur ein

α) Notfall[1]) (im weiten Sinn des Worts) rechtfertigt die Anwendung dieses Prinzips. Ein derartiger Notfall (s. die Beispiele soeben) liegt insbesondere bei mangelnder Fähigkeit zur Entwicklung eines (rechtlichen) Vollwillens vor und aus diesem Grunde auch bei dem Kind, weil das Kind zur Selbsterziehung noch unfähig ist und deshalb der Wille des Kindes bei Erziehungsfragen nicht in Betracht kommt[2]), hat das Gesetz überhaupt ein Züchtigungsrecht gegenüber Kindern statuiert. Es ist hier aber ein Kreis zunächst zur Erziehung Berufener gegeben. Bei richtigem Eingreifen dieser zunächst zur Erziehung eines Kindes Berufenen (Vater usw.) liegt ein Notfall in diesem Sinne für einen Fremden nicht vor und nur beim Versagen derselben (im weiteren Sinn) ist er für einen Fremden gegeben[3]), sei es, daß die Eltern bei Unarten ihrer Kinder nicht zugegen

[1]) Vergl. Hegler a. a. O. S. 43 Anm. 61.

[2]) Ähnlich auch Zitelmann a. a. O. S. 109 allerdings für die Geschäftsführung ohne Auftrag.

[3]) Vergl. Havenstein a. a. O. S. 255 verbis: „Die Not der Verhältnisse".

sind[1]), sei es, daß sie nicht gegen solche einschreiten[2]) — nicht einschreiten wollen oder können[3]) —, obgleich dies im Interesse der Erziehung des Kindes am Platze wäre.

Sodann muß in unserem speziellen Fall

β) sofortiges Eingreifen angezeigt sein, d. h. sozusagen Gefahr im Verzuge vorliegen, daß das unartige Kind überhaupt nicht oder doch zu spät für seinen Unfug gezüchtigt werde. Da eine Züchtigung eines unartigen Kindes psychologisch vielfach ihren Zweck nicht erreicht, wenn längere Zeit zwischen der Unart und der Züchtigung verstreicht, wird dies Erfordernis meist vorliegen: die Jugend ist zu schnellebig, als daß sie bei einem größeren dazwischenliegenden Zeitraum den Konnex zwischen Unart und Züchtigung voll verstünde[4]). Auch deshalb ist Not-

[1]) Vergl. Fischer a. a. O. S. 264: „Für die abwesenden aufsichtspflichtigen Personen“. M. E. Mayer a. a. O. S. 297: „Wenn die primär zur Erziehung verpflichteten Personen nicht zugegen sind oder nicht erreichbar sind“; Hubrich a. a. O. S. 223 Anm. 1: „Das Anrufen der Eltern zu diesem Zwecke nicht zu ermöglichen war“; Fränkel a. a. O. S. 19 (zweite der von ihm verlangten Voraussetzungen). O.-L.-G. Jena Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 500: „Aber ist der Vater nicht dabei, wenn sich in der Öffentlichkeit sein Junge roh und zuchtlos benimmt“, und S. 498: „Der Vater war nicht anwesend, konnte also nicht einschreiten“; O.-L.-G. Dresden, Entsch. vom 12. 4. 82 in Annalen Bd. 5 S. 28: „Ob das Anrufen der Eltern zu diesem Zwecke nicht zu ermöglichen war“; O.-L.-G. Dresden, Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6 S. 407: „Daß weiter das Anrufen der Eltern zu diesem Zweck nicht zu ermöglichen war“; O.-L.-G. Dresden, Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 203:„ Daß das Anrufen der Eltern zu diesem Zweck nicht zu ermöglichen ist“; O.-L.-G. Hamburg, Entsch. vom 8. 12. 13 in Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 8 S. 601: „Und die Eltern oder Erzieher nicht anwesend oder unmittelbar erreichbar sind“; O.-L.-G. Frankfurt, Entsch. vom 20. 11. 13 in Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. 8 S. 1144: „In Abwesenheit des Privatklägers“; O.-L.-G. Karlsruhe in den unten S. 53 Anm. 8 erwähnten Entscheidungen.

[2]) So im Grunde alle, die von § 679 BGB., oder vom normalen Vater ausgehen, vergl. oben S. 28 f. und S. 31 f, ferner Hegler a. a. O. S. 44 Anm. 61 a. E.: „Und der zunächst zur Wahrung derselben Berufene in concreto ausscheidet“; Kohler a. a. O. S. 419 f.: „Sobald die Aufsicht fehlt ..... und sollte etwa der Fall so liegen, daß der Erziehungsberechtigte für derartige Ungezogenheiten keine Empfindung hätte, oder gar einem schamlosen Jungen noch Beihilfe leistete, so wäre eine solche Erziehungshilfe doch berechtigt“; Kulemann a. a. O. S. 343; Heimberger a. a. O. II S. 23.

[3]) Vergl. den bei Hedemann a. a. O. S. 19 angegebenen Fall, wo ein Bürschchen in einem öffentlichen Garten seine hilflose Mutter mißhandelt.

[4]) Vergl. Eckstein a. a. O. S. 284; Kulemann a. a. O. S. 340; O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 204: „Die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß bei der Erziehung der Kinder eine angemessene körperliche Züchtigung unentbehrlich und unter Umständen das wirksamste Mittel ist, um auf ein Kind erzieherisch einzuwirken,

wendigkeit sofortigen Eingreifens zu verlangen, weil andernfalls die Gefahr groß wäre, daß nicht die Förderung des wahren Wohls des Kindes der Grund der Züchtigung ist, sondern daß dies nur den Deckmantel bildet für Rachsucht, die der Betreffende an dem Kinde, oft auch für Zwistigkeiten, die er mit dessen Eltern hatte, kühlen will. Fast alle Autoren und die ganze Judikatur ist sich über dieses Erfordernis einer Züchtigung eines fremden Kindes einig[1]). Wenn ein sofortiges Eingreifen nicht geboten ist, ist die Züchtigung den an sich dazu Berufenen zu überlassen, da sonst ungerechtfertigterweise in deren Interesse am Erziehungsmonopol[2]) eingegriffen würde.

---

sowie daß dies Zuchtmittel der Regel nach seinem Zweck am meisten entspricht, also die heilsamste erzieherische Wirkung dann ausübt, wenn die Ahndung der Tat auf dem Fuße folgt und die Züchtigung sofort nach Verübung der Ungezogenheit oder sonstiger Verfehlung erteilt wird;" in wörtlichem Anschluß hieran bayer. ob. Landgericht Entsch. vom 3. 1. 11 in bayer. Entsch. Bd. 11 S. 9.

[1]) Nur Binding a. a. O. I S. 800 Anm. 37 spricht sich, wie es scheint, dagegen aus, daß Notwendigkeit sofortiger Züchtigung Voraussetzung sei. Alle folgenden bejahen diese Voraussetzung: Zitelmann a. a. O. S. 110: „sofort ausüben"; Kulemann a. a. O. S. 342 f.; Havenstein a. a. O. S. 255: „Augenblickliche Zurechtweisung"; Schäffer a. a. O. S. 43: „Allerdings nur sofort züchtigt"; Kohler a. a. O. S. 419: „Und zwar eine sofortige Züchtigung, denn auf ein derartiges Gebahren muß ein unmittelbarer tüchtiger Denkzettel folgen"; von Schwarze a. a. O. I. S. 613: „Sofort"; Rotering a. a. O. S. 63: „Auf der Stelle"; Fränkel a. a. O. S. 19 (erste der 3 von ihm verlangten Voraussetzungen); de lege ferenda Leisering: Deutsche Juristenzeitung 8. Jahrg. (1903) S. 400 f.; vergl. auch O.-L.-G. Kiel Entsch. vom 5. 12. 96 in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 275: „Und denselben in flagranti eine den Umständen angemessene Züchtigung zuteil werden lassen"; O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 12. 4. 82 in Annalen Bd. 5 S. 28: „Ob die dem gezüchtigten Kinde zu Last fallenden Ungezogenheiten von der Art waren, daß denselben nur durch sofortige Züchtigung wirksam begegnet werden konnte?"; wörtlich ebenso O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 17. 12. 84 in Annalen Bd. 6 S. 407; O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 13. 6. 01 in Annalen Bd. 22 S. 411 und O.-L.-G. Dresden Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 203; O.-L.-G. Rostock Entsch. vom 2. 11. 89 in Goltd. Arch. Bd. 27 S. 369: „Daß eine auf frischer Tat maßvoll geübte Reaktion gegen die von Kindern auf fremdem Eigentum getriebene Ungebühr ....."; O.-L.-G. Hamburg Entsch. vom 8. 12. 13 in Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht (= Goltd. Arch. Bd. 63 S. 134 f.) Bd. 8 (1914) S. 601: „In den Fällen, ... wo die Unart des Kindes eine sofortige Züchtigung erfordert"; O.-L.-G. Frankfurt Entsch. vom 20. 11. 13 in Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 8 (1914) S. 1144: „Beim Betreffen auf frischer Tat"; auch die oben S. 29 Anm. 3 erwähnte Entscheidung des O.-L.-G. Posen vom 2. 4. 14 und die oben S. 28 Anm. 5 erwähnte Entscheidung des O.-L.-G. Naumburg vom 24. 4. 09, ferner die unten S. 53 Anm. 8 erwähnten Entscheidungen des O.-L.G. Karlsruhe.

[2]) Vergl. oben S. 13 und Seite 44.

Des weiteren müssen wir eine

b) objektive Fassung des Prinzips

verlangen; d. h. nicht jede Züchtigung, bei der der Züchtigende etwa subjektiv die Erziehung des Kindes, den Erziehungszweck im Auge gehabt hat, ist deshalb nicht widerrechtlich[1]), sondern die Widerrechtlichkeit bzw. Nichtwiderrechtlichkeit einer Züchtigung bestimmt sich objektiv darnach, ob sie den von der Rechtsordnung für das Züchtigungsrecht aufgestellten Zwecken entsprechend, durch sie indiziert war, wozu natürlich auch Vorliegen eines entsprechenden Anlasses zur Züchtigung, bzw. zu einem solchen Grad der Züchtigung (Verfehlung des Gezüchtigten) gehört[2]). Es liegt nicht in unserer Absicht, ein Kompendium der Pädagogik aufzustellen[3]); das verbietet die Verschiedenartigkeit der durch die Fülle des Lebens gegebenen Fälle und der Wechsel, dem die Beurteilung dessen, was im einzelnen Fall zweckentsprechend ist, im Laufe der Zeit unterliegt[4]). Aber nur durch einen objektiven Maßstab für das, was wir als wahres Wohl eines Kindes anzusehen haben, erlangen wir die für Rechtssicherheit nötige Basis und die Garantie dafür, daß nicht jeder beliebige Weltverbesserer unserer Jugend seine Erziehungsmethode aufdrängen kann. Damit fällt auch das insbesondere von Finger[5]) und Klein[6]) angeführte

[1]) So auch Kaufmann a. a. O. S. 21.

[2]) Auch von unserem objektiven Standpunkt aus, was gegen Eckstein's subjektiven (a. a. O. S. 283) zu erwähnen ist, da er offenbar meint, ohne subjektive Fassung lasse man „grundloses Schlagen eines Kindes oder ein zu dem Unrecht des Kindes in wesentlichem Mißverhältnis stehendes Schlagen" straflos. Einen ähnlichen Standpunkt scheint auch Brinkmann a. a. O. S. 7 einzunehmen. Auch er verlangt aber Vorliegen des objektiven Anlasses (a. a. O. S. 9).

[3]) Vergl. Dohna a. a. O. S. 90.

[4]) Vergl. die oben S. 11 f erwähnte Strömung gegen Anwendung körperlicher Zuchtmittel überhaupt.

[5]) a. a. O. S. 64 f.: „Die Verschiedenheit der Anschauung über Zuchtlosigkeit und die Mittel der Ahndung derselben würde die heiter sich tummelnde Jugend den Schlägen eines grießgrämigen Alten, den harmlos dastehenden Kleinen den Stößen und Hieben des zornig Dahineilenden nur zu leicht aussetzen. Nicht jeder ist Kinderfreund, nur wenige haben Verständnis und Geduld für jugendliches Treiben; das an demselben vielfach ebenso Unschuldige als Unangenehme würde um des letzteren willen vielfach willkommene Gelegenheit werden, gegen die Jugend einzuschreiten; der zur Abwendung eventueller Zuchtlosigkeit Unfähigste hält sich nur zu leicht für den Berufensten, und die Jugend, die, weil von älteren Individuen nach ihren Anschauungen, Gefühlen und vielfach auch Stimmungen gehalten, in dem ihrem Wesen entsprechenden Leben und Treiben ohnehin bereits zu sehr eingeengt ist, wäre ohne genügenden Schutz gegenüber vielem Unverständnisse und vieler Roheit".

Argument weg, daß durch Zulassung von Züchtigungen fremder Kinder durch Dritte keine Garantie dafür gegeben sei, daß diese Züchtigung wirklich der Erziehung dieser Kinder diene und nicht eher schade als nütze. Wenn aber eine Züchtigung dem wahren Wohl des Kindes objektiv entspricht, so ist sie demnach andererseits auch nicht widerrechtlich, wenn der Züchtigende damit subjektiv nicht das Erziehungsinteresse des Kindes im Auge gehabt haben sollte[1]). Die gegenteilige Ansicht, die den Zweck und die Absicht des Züchtigenden als maßgebend für die Widerrechtlichkeit der Züchtigung betrachten will, ist vom Standpunkt des geltenden Gesetzes nicht richtig[2]), denn nicht die antisoziale Gesinnung, sondern die antisoziale Handlung einer Person wird bestraft. Dies ist insbesondere gegenüber Eckstein's subjektiver Fassung zu betonen, der[3]) sogar der Ansicht ist, daß wegen des Erziehungszweckes die Züchtigung nicht einmal die Deliktsbeschreibung des § 223 StGB. erfülle, andererseits trotz objektiven Züchtigungsrechts bei fehlendem Erziehungszweck strafen will[4]). Auch Finger[5]) und Schäffer[6]) wollen die Widerrechtlichkeit einer Züchtigung nicht von objektiven Merkmalen, sondern davon abhängig machen, ob der Züchtigungsberechtigte die Handlung zum Zwecke der Erziehung vorgenommen hat und umgekehrt sei jede Züchtigung, die nicht in der persönlichen Absicht der Erziehung vorgenommen werde, widerrechtlich

---

[6]) a. a. O. S. 207: „Die erforderliche Garantie bietet aber doch nicht jeder Dritte, der sich über irgend eine Zuchtlosigkeit von Kindern entrüstete und nun — im ersten Zorne — ohne irgendwelche Kenntnis von der Individualität des Kindes straft".

[1]) Anders besonders Eckstein a. a. O. S. 282 f. sub 3, auch Havenstein a. a. O. S. 256 verlangt Vorliegen einer wirklichen Erziehungshandlung in s u b j e k t i v e r wie in objektiver Hinsicht; s. auch denselben S. 253; vergl. weiter (mindestens in der Fassung bedenklich) auch R.-G. Goltd. Arch. Bd. 59 S. 341 f. und R.-G. Rechtsspr. Bd. 9 S. 166 f.

[2]) Vergl. oben S. 48 Anm. 1 zit. und R.-G. Entsch. vom 3. 3. 87 in Rechtsspr. des R.-G. Bd. 9 S. 166: „Ebensowenig vermag auch der Beweggrund, mit der Mißhandlung den Zwecken der Erziehung zu dienen, die objektive, durch die Überschreitung des Züchtigungsrechts bedingte Widerrechtlichkeit der Handlung zu beseitigen"; s. auch R.-G. Bd. 41 S. 100.

[3]) S. oben S. 18.

[4]) a. a. O. S. 282 f., s. auch Havenstein a. a. O. S. 256 (oben S. 49 Anm. 1) vergl. gegen Eckstein's subjektive Fassung nach der einen Seite (S. 282 sub 2) entsprechend das oben S. 38 bei und in Anm. 6 Bemerkte nach der anderen (a. a. O. S. 282 f. sub 3) entsprechend das bei Hegler a. a. O. S. 37 Anm. Ausgeführte.

[5]) a. a. O. S. 86 a. E.

[6]) a. a. O. S. 57, auch das oben S. 28 Anm. 1 erwähnte Urteil des O.-L.-G. Posen vom 2. 4. 14 stellt auf den Erziehungszweck ab.

und strafbar[1]). Gerade Finger[2]) hat übrigens mit großer Feinfühligkeit nachgewiesen, daß dann Mißhandlungen, insbesondere seelische Mißhandlungen, oft sehr schwer als Mißhandlungen faßbar sind und sich einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung, die die Motive des Täters berücksichtigen will, unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstellen.

Daß die Züchtigung eines fremden Kindes, wie überhaupt alle Züchtigungen zu Erziehungszwecken,

c) nicht gesundheitsgefährlich oder schädlich, sondern angemessen

sein muß, ist klar und das Prinzip des wahren Wohls ergibt ohne weiteres diese Konsequenz bezüglich der allein dadurch gedeckten Handlungen. Dies Erfordernis wird allgemein in Literatur und Praxis verlangt und insbesondere Kaufmann[3]) hat die Gesundheitsgefährlichkeit und -Schädlichkeit eingehend nach Körperteilen gesondert behandelt. Wenn wir auf Grund des Prinzips des wahren Wohls mit den genannten Beschränkungen eine Züchtigung fremder Kinder durch Dritte für nicht widerrechtlich und deshalb straflos erklären, befinden wir uns damit im Einklang mit der ganzen geschichtlichen Entwicklung und der Ausprägung des Züchtigungsrechts gegenüber Kindern im geltenden Recht.

3. Ausschluß der Strafbarkeit trotz Annahme rechtswidriger Körperverletzung?

§ 6.

Auch wenn wir aber im Gegensatz zu obiger Ausführung (§ 5) annehmen würden, daß die Züchtigung eines Dritten gegenüber fremden Kindern rechtswidrige Körperverletzung ist, so bleibt doch immer noch die Frage offen, ob nicht andere Umstände geeignet sind, den Züchtigenden vor Bestrafung zu schützen. So ist auf der subjektiven Seite zu erwägen, ob der Züchtigende nicht wegen

a) fehlender Schuld straffrei bleibt, wenn er im guten

[1]) S. auch gegen diese das betr. Eckstein Anm. 3 Bemerkte.

[2]) Ger.-Saal Bd. 74 S. 342 ff.

[3]) a. a. O. S. 137 ff.; s. auch Zitelmann a. a. O. S. 110 („innerhalb der Grenzen"); Havenstein a. a. O. S. 243 f.; O.-L.-G. Jena Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498: „Die Schläge hätten das durch den Erziehungszweck beschränkte Maß nicht überschritten". — Vergl. noch die oben S. 28 erwähnte Entscheidung des O.-L.-G. Naumburg vom 24. 4. 09.

Glauben[1]), zu der Züchtigung berechtigt zu sein, gehandelt hat, mit anderen Worten, wenn er darüber im Irrtum war, daß ihm ein Züchtigungsrecht nicht zustand. Es kann natürlich nicht in den Rahmen dieser Abhandlung fallen, näher auf diese äußerst bestrittene Frage einzugehen, wir werden uns vielmehr auf die Darstellung und Kritik der Grundsätze der Literatur und Praxis, gerade bezüglich des Irrtums über dasZüchtigungsrecht eines Dritten gegenüber fremden Kindern, zu beschränken haben. Hier liegt Irrtum über das abstrakte Recht, speziell über die abstrakten Momente eines Unrechtsausschließungsgrundes, des Züchtigungsrechts, vor, der unbeachtlich ist, da richtiger Ansicht nach nur der Irrtum über die konkreten tatsächlichen Momente, die die abstrakten Merkmale eines Unrechtsausschlußgrundes erfüllen, relevant ist[2]). Das Reichsgericht[3]) nimmt nach seiner sehr bestrittenen und anfechtbaren Unterscheidung zwischen (beachtlichem) Tatirrtum einerseits und Rechtsirrtum anderer-

[1]) Vergl. oben S. 15.

[2]) Z. B. ein Lehrer hat irrtümlicherweise angenommen, ein von ihm gezüchtigter Knabe gehöre zu seiner Klasse.

[3]) R.-G. Bd. 4 S. 100: „Irrt der Täter über die tatsächlichen Voraussetzungen, an welche ein vom Staate anerkanntes Züchtigungsrecht geknüpft ist, hält er sich auf Grund eines tatsächlichen Irrtums für den Lehrer usw. des Gezüchtigten, so ist er allerdings in gleicher rechtlicher Lage mit demjenigen, welcher bei der Notwehr die objektive Seite unrichtig beurteilt und irrtümlich die tatsächlichen Voraussetzungen derselben gegeben erachtet. Wie aber eine Berufung auf Notwehr dann zurückgewiesen werden muß, wenn der Täter den Rechtsbegriff derselben verkannt und nicht im Irrtume über ihre tatsächlichen, sondern über ihre rechtlichen Voraussetzungen gehandelt, z. B. auch Verteidigung gegen einen rechtmäßigen Angriff für zulässig erachtet hat, so darf auch die Berufung auf eine im Rechte nicht anerkannte subjektive Berechtigung zur Vornahme einer an sich strafbaren Handlung keine Beachtung finden. Der Täter, welcher willkürlich die Einschränkung einer strafrechtlichen Norm ausdehnt, eine außerhalb dieser Einschränkung liegende Handlung für erlaubt hält, ist über Inhalt und Tragweite der strafrechtlichen Norm selbst im Irrtum". — Im Anschluß hieran R.-G. Bd. 33 S. 34 f.: „2. Hätte der Angeklagte ein Verhältnis, mit welchem ein vom Staate anerkanntes Züchtigungsrecht verbunden ist, irrtümlich angenommen, so würde ein solcher Irrtum, sofern er das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit ausschloß, in jedem Fall als Irrtum über einen Tatumstand im Sinne des § 59 StGB. aufzufassen sein. . . Ein derartiger Irrtum war indes von dem Angeklagten in der Vorinstanz nicht behauptet worden, ist auch den getroffenen Feststellungen nicht zu entnehmen. Über sein Verhältnis zu dem Kinde hat sich der Angeklagte nicht in Unkenntnis befunden. Der von dem ersten Richter zu seinen Gunsten erwogene und bei der Strafzumessung berücksichtigte Irrtum hat sich nur darauf bezogen, daß mit diesem Verhältnis ein Z.-R. verbunden sei. Daß ein Irrtum hierüber die strafrechtliche Norm verkennt und deshalb den Täter nicht schützen kann, ist a. a. O. von dem III. Strafsenate, welchem der jetzt erkennende hierin beitritt, ausgeführt worden".

seits, welch letzteren es wieder in beachtlichen außerstrafrechtlichen und unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum trennt, Irrelevanz des Irrtums an, indem es einen derartigen Irrtum für Strafrechtsirrtum erklärt. Diesen Standpunkt teilt das O.-L.-G. München[1]). Es ist aber sehr zweifelhaft, ob die irrtümliche Annahme, ein Züchtigungsrecht zu besitzen, tatsächlich ein Strafrechtsirrtum ist, wenn man diese Unterscheidung überhaupt macht. Havenstein[2]) hat gezeigt, daß das Reichsgericht sich selbst in Widersprüche verwickelt, indem es in einem andern Fall, in dem ein katholischer Pfarrer in Elsaß-Lothringen Schulkinder gezüchtigt hatte, erklärt[3]), der von diesem behauptete Irrtum über ein ihm zustehendes Züchtigungsrecht sei kein Irrtum über das Strafrecht, sondern ein solcher über das sonstige Recht und deshalb zu berücksichtigen[4]) [5]).

Wenn man betreffs Züchtigung fremder Kinder vom Gesichtspunkt der privatrechtlichen Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag oder Einwilligung beeinflußt wird, ist man leicht geneigt, irrtümlich an-

---

[1]) Entsch. vom 11. 2. 85, Münchner Entsch. Bd. 3 S. 334: „Und sollte der Angeklagte der Meinung gewesen sein, es stehe ihm eine derartige Berechtigung zu, zumal voraussichtlich das elterliche Z.-R. der Eva Z. gegenüber nicht in Anwendung kommen werde, so befand er sich über den Sinn der einschlägigen Strafbestimmung im Irrtum, welcher keine Berücksichtigung finden kann". — Analog die Entsch. vom 24. 6. 84 in Münchner Entsch. Bd. 3 S. 170: „Die irrige Meinung, von einer Berechtigung zur vorgenommenen Handlung dagegen schützt den Täter nur dann, wenn der Irrtum sich auf das tatsächliche Vorhandensein eines die Berechtigung begründenden Verhältnisses zum Verletzten bezieht, nicht wenn, wie im vorliegenden Falle, der Täter über die Berechtigung selbst und somit über Inhalt und Tragweite der strafrechtlichen Norm im Irrtum ist", und Entsch. vom 31. 10. 82 in Münchner Entsch. Bd. 1 S. 197 ff.

[2]) a. a. O. S. 250, s. auch denselben S. 254: „Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Irrtum aus mangelnder Kenntnis des Rechts oder aus unrichtiger Auffassung der Tatsachen entsprang". Gegen die oben S. 51 Anm. 3 zuerst genannte Entscheidung des R.-G. auch Binding Lehrbuch des Strafr. bes. Teil Bd. I S. 46 Anm. 1.

[3]) R.-G. Bd. 34 S. 74.

[4]) S. auch Entsch. des O.-L.-G. Frankfurt a. M. vom 15. 2. 12 in Rundschau (Sammlung von Entsch. in Rechts- und Verwaltungssachen aus dem Bezirke Frankfurt a. M.), 46. Jahrgang (1912) S. 151 f.: „Dem gegenüber nimmt der Vorderrichter zunächst mit Recht an, daß dem Angeklagten als kaufmännischen Lehrherrn dem Lehrling gegenüber ein Züchtigungsrecht nicht zustehe, daß er sich aber in einem Irrtum zivilrechtlicher Natur befunden habe, wenn er geglaubt habe, das HGB. räume ihm als Lehrherrn ein Züchtigungsrecht ein".

[5]) Ohne weitere Substantiierung und Begründung hält die irrtümliche Annahme des Züchtigungsrechts für relevant das Landgericht in dem vom O.-L.-G. Jena entschiedenen Fall, Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498: „Mindestens habe der Angeklagte geglaubt, ein Züchtigungsrecht stehe ihm zu".

genommener Einwilligung wenigstens subjektive Relevanz beizumessen (als tatsächlichem oder Zivilrechtsirrtum). Nicht gehört hierher Hubrich[1]), der die objektive Rechtswidrigkeit bei irriger Annahme der Einwilligung der Eltern ausgeschlossen sein läßt[2]): „Umgekehrt bleibt aber ein züchtigender Dritter, welcher im Augenblick der Züchtigung direkten Anlaß hatte, die Einwilligung der Eltern zu vermuten, straflos, auch wenn sich hinterher herausstellt, daß seine Handlungsweise nicht der Intention der Eltern entsprach. Die Annahme des Dritten ist hier zwar eine irrige gewesen, aber das nötigt noch nicht, die von ihm vorgenommene Züchtigung als eine unerlaubte anzusehen ..... Die Rechtsmäßigkeit (also objektiv!) der Züchtigung beruht auf dem guten Glauben des Dritten", wohl aber Zitelmann[3]), der sagt: „Mindestens aber fehlt es an der subjektiven Widerrechtlichkeit, wenn der Züchtigende irrtümlich aber schuldlos annimmt, daß der Vater mit der Züchtigung einverstanden sein würde", weiter Gilbert[4]), Rotering[5]), die Entscheidungen des O.-L.-G. Dresden[6]) und des O.-L.-G. Kiel[7]), auch das L.-G. in einem vom O.-L.-G. Kiel[8]) entschiedenen Fall. Mit irrtümlicher Annahme des Einverständ-

[1]) a. a. O. S. 223 f., entsprechend auch v. Schwarze a. a. O. I. S. 613.

[2]) Vergl. oben S. 36 Anm. 5 und Brinkmann a. a. O. S. 36 f. und das von Rosenblatt in der „Allg. österr. Gerichtszeitung" 65. Jahrgang (Wien 1914) S. 4 erwähnte Urteil des obersten Gerichts- und Kassationshofes vom 14. 10. 1905: „daß der Angeklagte angesichts dieser ihn in seinem Vorgehen ermunternden Worte der Agnieska Kukla lediglich ein derselben unstreitig zustehendes Z. R. in ihrem Namen an dem Knaben auszuüben vermeinte, daß er sich somit in einem die Schuld aufhebenden Irrtume (§ 2 StGB) befand, auf den er zwar ausdrücklich sich nicht berief, dessen Berücksichtigung dem Richter jedoch nach § 3 St.P.O. oblag."

[3]) a. a. O. S. 111.

[4]) a. a. O. S. 41.

[5]) a. a. O. S. 62, s. aber auch S. 66.

[6]) Entsch. vom 27. 2. 02 in Annalen Bd. 23 S. 205: „Trifft nun aber die Annahme des Züchtigenden, daß die Eltern des Kindes mit der von ihm zu bewirkenden Vornahme der Züchtigung im gegebenen Falle einverstanden sein würden, nicht zu, so ist der Irrtum, in dem er solchenfalls befangen war, ein tatsächlicher Irrtum, der nach § 59 StGB. zu beachten ist und dem Züchtigenden ebenfalls die Straflosigkeit seines Tuns sichert, sofern der Irrtum nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet war".

[7]) Entsch. vom 5. 12. 96 in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 275, bei Handeln in der durch die Umstände begründeten Annahme, der Vater werde einverstanden sein. „Wenn dies der Fall ist, so entfällt das Tatbestandsmoment des rechtswidrigen Bewußtseins."

[8]) Entsch. vom 27. 11. 09 in Schleswig-Holsteinische Anzeigen Jahrg. 44 (N. F. 1910) S. 47: „Nach Lage der Sache habe er (Angeklagter) sich für befugt halten dürfen, den beim wiederholten Diebstahl ertappten Knaben in Vertretung des väterlichen Züchtigungsrechts

nisses der Eltern ist nun allerdings ein error in facto gegeben. Aber wenn hier auf die Meinung abgestellt wird, daß sie eingewilligt hätten usw. oder nachträglich zustimmen werden, so betrifft dieser Irrtum einen bedeutungslosen Punkt[1]).

Aber auch daran könnte man denken, den Fall unter spezifischen

b) Strafausschließungsgründen

zu betrachten, d. h. zu fragen, ob nicht auch, wenn die Tat als rechtswidrige angesehen wird und als solche Bestrafung heischt, nicht doch im Rechte, stärkere Gegeninteressen anerkannt sind, die auf Nichtbestrafung drängen. So ist in der mehrfach genannten Entscheidung des O.-L.-G. Jena[2]) des öfteren vom

1. Volksbewußtsein die Rede, womit auf den ethischen Hintergrund des Strafrechts als einer im Volksbewußtsein wurzelnden Macht hingewiesen wird. Auch auf das tatsächliche vielfache

2. Straflosbleiben der Züchtigung fremder Kinder in den meisten Fällen wurde ebenfalls schon hingewiesen, wodurch die Strafdrohung wirkungslos und die Autorität des Strafgesetzes bzw. des Staates erschüttert werde. Beide Gesichtspunkte sind jedoch nur als rechtspolitische anzuerkennen, da im geltenden Gesetz für sie kein Anhaltspunkt gegeben ist. Sie werden in der Tat auch meist nur de lege ferenda ins Feld geführt[3]).

---

mit einer Tracht Prügel zu züchtigen". — Die Strafkammer hat mit dieser Ausführung das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit verneint und ist somit zur Freisprechung gelangt. Das O.-L.-G. Kiel fährt in seinen Gründen fort: „Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden", und setzt sich damit in Widerspruch zu seiner in Anm. 7 zitierten Entscheidung, ferner die Entsch. des O.-L.-G. Karlsruhe vom 6. 12. 09 und 18. 1. 17 in „Deut. Strafr. Zeitung" 1917 S. 98: „Hat aber die Angeklagte, wenn auch in rechtsirrtümlicher Weise, an ein ihr zustehendes Recht zur Züchtigung des Kindes geglaubt, so befand sie sich in einem Irrtum, welcher nicht die Strafnorm, sondern eine außerhalb der Strafnorm liegende subjektive Berechtigung betrifft, somit als Tatsachenirrtum zu behandeln ist, und es fehlte ihr infolgedessen auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise."

[1]) Vergl. oben S. 36 und s. Hegler a. a. O. S. 42 Anm. 61, Anm. 58.

[2]) Entsch. vom 4. 12. 12 in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 498 ff. vergl. auch oben S. 16 Anm. 1.

[3]) Vergl. zum Zweiten bezüglich der Abtreibung auch noch Eisenmann, Alfred: die Erlangung der Menscheigenschaft (Stuttgart 1914) S. 84 ff., der mit Recht es als eine Bankrotterklärung der Staatsmacht gegenüber dem Verbrechen erklärt, wenn man diesem Grund nachgeben würde.

III.

Die Frage de lege ferenda § 7.

1. Die Vorschläge zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

Veranlaßt durch die Uneinigkeit und Unsicherheit, die infolge der fehlenden ausdrücklichen Regelung aller Unrechtsausschlußgründe[1]) herrscht, wurden schon vielfach diesbezügliche Gesetzesvorschläge gemacht. Insbesondere die Zahl der Äußerungen de lege ferenda den ärztlichen Eingriff betreffend, sind Legion. Aber auch für das Züchtigungsrecht im allgemeinen wurden schon Forderungen nach gesetzlicher Regelung laut, ohne daß diese jedoch in bestimmte Form gekleidet wurden. So verlangen Löffler[2]), Högel[3]), Kitzinger[4]) wohl auch von Liliental[5]) ausdrückliche Regelung durch das Reichsstrafgesetzbuch.

---

[1]) Nur Notwehr (§ 53) und Notstand (§ 54), falls dieser Unrechtsausschlußgrund ist, sind vom geltenden Recht geregelt.

[2]) Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, bes. Teil 5. Band S. 366.

[3]) In Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 75 S. 232. In Form eines positiven Vorschlags vom vermuteten Einverständnis der an sich Erziehungsberechtigten ausgehend, äußert sich Hoegel im Strafgesetzentwurf Hoegel-Lamasch § 11: „Wer innerhalb der durch das bürgerliche und öffentliche Recht bestimmten Grenzen des Z. R. oder in entschuldbarer Überscheitung derselben handelt, ist nicht strafbar".

Die Überschreitung ist entschuldbar:

1.) Wenn der Täter mit Grund annehmen konnte, daß das ihm nicht zustehende Z. R. oder Züchtigungsmittel auch von dem Berechtigten an seiner Stelle angewandt worden wäre (vergl. Rosenblatt a. a. O., der hinzufügt, daß in den späteren Entwürfen diese Bestimmung als überflüssig gestrichen wurde).

[4]) Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 31 S. 221, wo er Lösung der Frage im besonderen Teil bei den Einzeltatbeständen wünscht.

[5]) Reform Bd. II S. 292 f.

Gerade für unsern Spezialfall der Züchtigung eines fremden Kindes durch Dritte wurden Bestimmungen nicht nur verlangt, sondern von mehreren Autoren positive Vorschläge gemacht und zwar insbesondere vom

a) Gesichtspunkt der Strafdelegation aus im Sinne einer erweiterten Selbsthilfe zur Sühne begangenen Unrechts bzw. der Schuldausschließung wegen iustus dolor[1]). So Leisering, der folgende Bestimmung in dem allgemeinen Teil des StGB.'s aufgenommen wünscht[2]): „Wer sich gegenüber einer gegen ihn oder einen Angehörigen verübten Kränkung auf der Stelle Vergeltung verschafft, kann vom Richter für straffrei erklärt werden". Diesen Vorschlag formuliert Martinius[3]) folgendermaßen um: „Wer in der Erregung über eine fremde unsittliche Handlung sich einer Beleidigung, Körperverletzung, Sachbeschädigung, Freiheitsberaubung, Nötigung oder Bedrohung, eines Hausfriedensbruchs oder einer Übertretung schuldig macht, kann für straffrei erklärt werden. Das Gericht darf auch eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe als die angedrohte verhängen. Die gleiche Behandlung darf gegenüber dem Verletzten Platz greifen". Martinius will damit einerseits den vagen Begriff der Vergeltung einengen, andererseits die Selbsthilfe erweitern und nicht nur bei Angriffen auf den Betroffenen und dessen Angehörige zulassen[4]). Ihm schließt sich Dohna[5]) an. Auch folgender Vorschlag Kulemann's[6]) gehört hierher: „Eine unter die Bestimmung des § 223 fallende Handlung kann für straflos erklärt werden, wenn sie sich als Äußerung gerechten Unwillens darstellt, auch dem begangenen Unrecht sich unmittelbar anschließt und die Grenzen einer mäßigen Züchtigung nicht überschreitet." Seuffert[7])

[1]) Beides muß hier nach Lage der Sache miteinander behandelt werden, da beide Gedanken durcheinandergehen. Bei den Vorschlägen spielt das Vorbild der §§ 199, 233 StGB. (Retorsion) eine Rolle, dieses weist einmal auf einen Schuldausschließungsgrund wegen iustus dolor zugunsten des Erwidernden hin, sodann auf den Gedanken des Strafsurrogates zugunsten des Erstverletzers. Ersteres betont vor allem Seuffert, während Leisering den Gedanken der Sühne in den Vordergrund stellt.

[2]) Deutsche Juristenzeitung 8. Jahrg. (1903) S. 400 f.

[3]) Deutsche Juristenzeitung 8. Jahrg. (1903) S. 471.

[4]) Seine Ansicht ist eine merkwürdige Mischung aus den Gedanken des iustus dolor der „Erregung" auch bei Taten gegen andere (!) — s. besonders die Möglichkeit bloßer Strafmilderung wegen Schuldminderung — und dem der privaten Bestrafung — s. die Straflosigkeit des Verletzten. —

[5]) a. a. O. S. 92, Anm. 2 und S. 66 f.

[6]) a. a. O. S. 352.

[7]) Anarchismus und Strafrecht S. 4 f.

meint: „Auf Grund eigenen Empfindens kann man für den eine Entschuldigung haben, der sich gegenüber Bubenstreichen und Roheitsausbrüchen auf der Stelle zu einer Züchtigung hinreißen ließ, und man könnte die Frage erörtern, ob nicht für solche Fälle die Gerichte ermächtigt werden sollten, von einer Bestrafung ganz abzusehen, wie dies jetzt schon bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen der Fall ist". Ihm schließt sich Anna Schultz[1]) an. Diese ebengenannten Formulierungen würden alle die Züchtigung auch Erwachsenen gegenüber gestatten, während der folgende von Touaillon[2]) gemachte Vorschlag lediglich das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern betrifft. „Unmündige Kinder, welche an öffentlichen Orten ohne Begleitung Erwachsener die Sittlichkeit gröblich verletzen, Leute beschimpfen, verspotten, mit tätlichen Angriffen bedrohen oder solche wirklich ausführen, fremdes Eigentum entwenden oder in größerem Maßstab boshaft beschädigen oder Tiere auf ärgernis-erregende Weise quälen, können, wenn nicht Umstände sichtbar hervortreten, welche darauf schließen lassen, daß ihnen ihre Handlungsweise nicht zugerechnet werden kann, von dem Betroffenen, falls er großjährig, ferner von jedem großjährigen Augenzeugen, auf eine angemessene Weise gezüchtigt werden; doch muß die Züchtigung der Tat unmittelbar nachfolgen und darf nicht in einer Beschränkung der Freiheit bestehen".

Ferner vom

b) Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ausgehende Vorschläge[3]). So von der Geschäftsführung für den „idealen" Vater aus Kulemann[4]): „Eine unter die Bestimmungen der §§ 185 und 223 fallende Handlung kann für straflos erklärt werden, wenn sie gegen eine unerwachsene Person unter Umständen begangen ist, unter welchen derjenige, welchem gegen letztere das Züchtigungsrecht zusteht, zu dessen Anwendung Veranlassung gehabt haben würde, die Handlung auch dem begangenen Unrecht sich unmittelbar anschließt und die Grenzen einer mäßigen Züchtigung nicht überschreitet". Auch Heimberger[5]) hält de lege ferenda den Gesichtspunkt der Geschäftsführung

[1]) a. a. O. S. 9.

[2]) a. a. O. S. 622.

[3]) Vergl. Kulemann a. a. O. S. 341 f.; dagegen von Bar a. a. O. S. 97 Anm. 152 a. E.

[4]) a. a. O. S. 342, nach S. 352 will er diese Bestimmung mit der oben S. 56 bei Anm. 6 erwähnten zu einer gemeinsamen vereinigen.

[5]) a. a. O. S. 78: „Der Gesichtspunkt ..... ist die Geschäftsführung ohne Auftrag. Man könnte eine mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Erziehungsberech-

ohne Auftrag für die Erziehungsberechtigten für brauchbar, um die Zweifel zu lösen, welche über die Berechtigung anderer Personen als der Eltern und ihrer Stellvertreter zur Vornahme einer Züchtigung gegenüber fremden Kindern bestehen[1]).

Vom

c) Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses geht folgende von Sauer[2]) vorgeschlagene Regelung aus: „Nicht rechtswidrig ist ein Verhalten, das offensichtlich darauf gerichtet ist, dem Gemeinwohl oder dem Wohle der Einzelnen mehr förderlich als hinderlich zu sein, sofern derartige Verhalten allgemein dieses Ziel erkennen lassen würden".

2. Ablehnung einer gesetzlichen Regelung.

Diese Vorschläge sind zu wenig prinzipiell durchdacht — vergl. insbesondere die Unklarheit bei Strafdelegation und iustus dolor — zu vag in der Fassung, so daß die Unsicherheit in der Praxis damit doch nicht behoben wäre, gehen auch vielfach von einer einseitigen Betrachtungsweise aus, indem sie wie z. B. diejenigen, die den Gesichtspunkt der Strafdelegation oder des iustus dolor im Auge haben, den Standpunkt des Züchtigenden zu sehr betonen. Auch würden sie in einzelnen Fällen, die die Fülle des Lebens bietet, trotz der spezialisierten Fassung eines Teils der Vorschläge bzw. gerade infolge davon zu Härten in einzelnen Fällen führen[3]), die wir mit der oben genannten teleologischen Auslegung des geltenden Gesetzes vermeiden können. Wir lehnen deshalb mit der herrschenden Meinung[4]) eine Spezialbestimmung über das Züchtigungsrecht sowohl im allgemeinen wie auch im besonderen Teil des Strafgesetzbuches de lege ferenda ab, da wir uns mit den allgemeinen Zwecken des Gesetzes bei Statuierung des Züchtigungsrechts, wie sie im Einzelnen erfolgte, einverstanden erklären und an Hand hievon auch für unsern Fall eine

---

tigten im Einklang stehende Züchtigung durch eine andere Person als nicht rechtswidrig erklären".

[1]) Wenn Hubrich damit, daß er (a. a. O. S. 222) die Ansicht Binding's betr. Geschäftsführung höchstens de lege ferenda für richtig hält, einen Vorschlag de lege ferenda macht, ist er ebenfalls hierher zu stellen.

[2]) a. a. O. S. 810.

[3]) So auch Kulemann a. a. O. S. 343.

[4]) „Vorentwurf zu einem deutschen StGB." Begründung allg. Teil S. 252; bes. Teil S. 660; Frank, R. in Reform I S. 267; Kantorowicz in „Mon.-Schr. für Krim.-Psychol. und Strafrechtsreform" Bd. 7 S. 298; s. auch von Liszt „Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Bd. 30 S. 267.

vernünftige Entscheidung zu geben vermögen. Das einzige, was wir zu fordern haben, ist, daß man einerseits nicht formal am Buchstaben des Gesetzes hängen bleibt, andererseits aber auch nicht in dem Glauben lebt, über dem Gesetze zu stehen, sondern die Zwecke desselben zu ergründen sucht und so, nicht ängstlich gebunden, aber doch auf dem Boden des positiven Rechts stehend, die Entscheidung fällt[1]).

[1]) So auch Sauer a. a. O. S. 810, der seinen Vorschlag de lege ferenda nur subsidiär zur Erörterung stellt.